Klagen auf künftige Leistung

(§§ 257—259 C. P. O.)

unter Berücksichtigung des gemeinen Rechts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Richard Radicke

aus **Rönsahl**

Referendar am kgl. Landgericht zu Essen.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 13. Januar 1905.

Würzburg.

Buchdruckerei F. Staudenraus (vormals Fleischmann)

1905.

145

Meinen lieben Tanten

gewidmet.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Vorbemerkung 1
II. Welchen Zeitpunkt hat das römische und darnach das gemeine Recht als massgebend für die Verurteilung angesehen? 12
III. Hat das gemeine Recht schon Klagen auf künftige Leistung gekannt? 16
IV. Hat die C. P. O. vom 30. Januar 1877 irgend welchen Einfluss auf die Frage, ob Forderungen vor der Fälligkeit eingeklagt werden können, ausgeübt? 19
1. Stellungnahme zur Ansicht Bähr's 19
2. Ist den §§ 708 Nr. 6, 726 und 751 C. P. O. irgend welche Bedeutung in Bezug auf unsere Frage zuzuschreiben? 28
V. Endergebnis für das gemeine Recht 32
VI. Welche Änderung hat die Novelle vom 17. Mai 1898, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1900 herbeigeführt? . . . 33
1. Allgemeines 33
2. Klage nach § 258 C. P. O. 35
3. „ „ § 323 „ 43
4. „ „ § 257 „ 47
5. „ „ § 259 „ 52
VII. Ansprüche auf Unterlassung 61
VIII. Nachtrag 63
1. Einiges über die Kosten 63
2. Besonderheiten bez. der Vollstreckung 64
IX. Besteht ein Bedürfnis für die Zulässigkeit von Leistungsklagen vor der Verfallzeit? 65

Literatur-Verzeichnis.

Arndts, Lehrbuch der Pandekten, 13. Aufl., Stuttgart 1886.
Bähr, Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen, München und Leipzig, 1883.
Bolze, Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, 2. Aufl. Berlin 1843.
Busch in der deutschen Juristenzeitung 1902 S. 305.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Jena 1900.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts 1900.
Degenkolb, Einlassungszwang und Urteilsnorm, Leipzig 1877.
Dernburg, Pandekten, 6. Aufl., Berlin 1900.
Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs u. Preussens 1902.
Eccius in den Beiträgen zur Frläuterung des deutschen Rechts, begr. von Gruchot Bd. 24, S. 781, 45 S. 438.
Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B., 5. Aufl., Berlin 1899.
Enneccerus-Lehmann, Das Bürgerliche Recht, 2. Aufl., Marburg 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts.
Entscheidungen des Reichs-Oberhandelsgerichts.
Förster in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd. VIII, S. 128 fg.
Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht, 7. Aufl., Berlin 1896.
Fischer, Recht und Rechtsschutz, Berlin 1889.
Fitting, Der Reichs-Civilprozess, 8. Aufl., Berlin 1893.
Freudenthal, Die Civilprozessordnung, München 1904.
Gaupp-Stein, Die C. P. O. für das deutsche Reich (3. und) 4. Aufl., Leipzig 1901.
Hahn, Die gesamten Materialien zur C. P. O., Berlin 1880.
Hellmann, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses, München 1886.
Haidlen, Bürgerliches Gesetzbuch, Stuttgart 1887.
Hellwig, Anspruch und Klagerecht, Jena 1900.
Herbst in Gruchot's Beiträgen Bd. 26, S. 370.
Hölder in Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 29, S. 50.
Juristische Wochenschrift, Berlin.
Kisch, Beiträge zur Urteilslehre 1903.
Kohler in Grünhut (Zeitschrift für das Privat- und öffentliche Recht) Bd. 14, S. 37.

Kohler, Prozessrechtliche Forschungen, Berlin 1889.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B., Berlin 1898.
Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 3. Aufl., Freiburg 1895.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen B. G. B., Leipzig 1903.
Langheineken, Urteilsanspruch, Leipzig 1899.
Leonhard in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 15, S. 327 fg.
Levy in Gruchot's Beiträgen Bd. 35, S. 168.
Löning, Widerklage im Reichs-Civilprozess, Berlin 1881.
Mandry, Der civilrechtliche Inhalt der Reichsgesetze, 4. Auflage, Freiburg 1898.
Marcus in der deutschen Juristenzeitung 1900 S. 457.
Materialien zur C. P. O. in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Beilage zu Bd. 24.
Matthias, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl., Berlin 1900.
Mugdan, Die gesamten Materialien zum B. G. B., Berlin, 1899.
Mugdan, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Neumann, Handausgabe des B. G. B., 2. Aufl. 1900.
Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891.
Planck, Lehrbuch des deutschen Civilprozesses.
Planck, das B. G. B., 2. Aufl., Berlin 1898.
Petersen-Anger, die C. P. O., 4. Aufl., Lahr 1899.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entw. des B. G. B., bearbeitet von Achilles etc.
Puchta, Pandekten, 12. Aufl. 1876.
Regelsberger, Pandekten, Leipzig 1893.
Rehbein, das Bürgerliche Gesetzbuch, Berlin 1899.
Reinhold in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess, Bd. 21, S. 1 fg.
Rocholl in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 8, S. 329 fg.
Rocholl, Rechtsfälle aus der Praxis des Reichsgerichts, Breslau 1885, 1890.
Rümelin im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 68, S. 186.
Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Berlin 1840—49.
Schmidt, Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts nebst Änderungen des Civilprozessrechts nach den Novellen des Jahres 1898, Leipzig 1898.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Seuffert, Kommentar zur C. P. O., 9. Aufl., München 1904.
Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnis, Leipzig 1903.
Soergel, Rechtsprechung, Stuttgart 1900/01, 1902, 1903.
Stoelzel, Schulung für die civilistische Praxis, 3. Aufl., Berlin 1898.
Staudinger's Kommentar zum B. G. B. München 1904.
Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtschutzes, Halle 1903.
Struckmann-Koch, die C. P. O., 7. Aufl., Berlin 1900.
Striethorst, Archiv für Rechtsfälle aus der Praxis der Rechtsanwälte des Ober-Tribunals.

Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B., 2. Auflage, Berlin 1901.
Trutter in der Kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung u. Rechtswissenschaft, Bd. 42. S. 87.
Unger, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts. Leipzig 1876.
Vierhaus in der Zeitschrift für deutschen Civilprozess Bd. 20 S. 529.
Wach, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Leipzig 1885.
Wach, Feststellungsanspruch, Leipzig, 1889.
Wach, Vorträge über die R. C. P. O., 2. Auflage, Bonn 1896.
Wächter, Pandekten, 7. Auflage, Frankfurt 1891.
Weismann, Feststellungsklage, Bonn 1879.
Wendt im Archiv für die civilistische Praxis, Bd. 92 S. 86.
Wetzell, System des ordentlichen Civilprozesses, 2. Aufl., Leipzig 1865.
Wilmowski-Levy, die C. P. O. Berlin 1884.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, 8. Aufl., Frankfurt 1900

I. Vorbemerkung.

Begriff und Wesen des Klagerechts, der Hauptart des Rechts auf gerichtlichen Schutz, ist von jeher sehr bestritten, zumal seitdem Wach (Handbuch I S. 19 fg.) den Begriff des „Rechtsschutzanspruches" aufgestellt hat (vgl. hierüber Langheineken, Urteilsanspruch S. 1 fg.). Mit Wach (Handbuch I S. 21 fg.) verstehen wir darunter die Berechtigung, im Wege der Klage von den Gerichten den Erlass eines dem Kläger günstigen Urteils zu verlangen. Von diesem Klagerecht ist daher scharf zu scheiden das sogenannte abstrakte Klagerecht im Sinne einer jedermann zustehenden Befugnis auf Entscheidung schlechthin. Diese ist offenbar vom materiellen Recht unabhängig und bezieht sich nicht nur auf Behauptungen, die wahr sind.[1]) Das konkrete Klagerecht als das nicht nur behauptete, sondern begründete Recht auf Erlass eines günstigen Urteils besteht bereits vor der Klageerhebung und bleibt auch bestehen, wenn der Kläger wegen des Mangels einer Prozessvoraussetzung abgewiesen wurde.

[1]) Wenn sie als ein Recht anzusehen ist (so Degenkolb, der Hauptvertreter dieser Lehre, Einlassungszwang und Urteilsnorm, S. 33 fg., a. M. Wach, Handbuch I S. 22 fg.), so setzt sie jedenfalls voraus, dass das Parteivorbringen wenigstens vom Behauptenden für wahr gehalten wird (Degenkolb, a. a. O. S. 12, 41 fg.); denn über eine auf erfundene, aus der Luft gegriffene Behauptung gestützte Klage ist zwar gleichfalls zu entscheiden, aber sie ist kalumniös und verpflichtet heute zum Ersatz wegen arglistiger Schadenszufügung. § 826 B. G. B. (Siber, der Rechtszwang im Schuldverhältnis. S. 71.)

Der Rechtsschutzsuchende verlangt ein ihm günstiges Urteil im Wege der Klage. Wir haben heute ein formenreiches Klagensystem, das mit dem römischen Aktionensystem nichts gemein hat. Das moderne Klagensystem ist die Zusammenfassung der Rechtsschutzhandlungen, die sich an den einheitlichen, nicht notwendig privatrechtlichen Tatbestand knüpfen können, während das römische Aktionensystem die privatrechtlichen Tatbestände darstellte, auf Grund deren die eine sich immer gleichbleibende Rechtsschutzhandlung der condemnatio ergehen konnte. Die Klage kann gerichtet sein auf die Verurteilung des Beklagten, auf die Feststellung eines Rechtsverhältnisses oder einer rechtlich wichtigen Tatsache, auf die Herbeiführung einer Rechtsänderung durch die Richter, auf die Anordnung einer Sicherung.

Darnach unterscheiden wir:

1. Die Verurteilungsklagen — dieser Ausdruck ist korrekter als der mehr verbreitete „Leistungsklage", weil er entsprechend dem Ausdruck „Feststellungsklage" „Rechtsänderungsklage" etc. von dem Inhalt der richterlichen Tätigkeit hergenommen ist — als die wichtigste Klagenart.

2. Die Feststellungsklagen. Einzelne derartige Klagen waren schon im römischen Recht anerkannt, actiones praeiudiciales wurden sie genannt, weil sie häufig die Grundlage eines nachfolgenden Prozesses bildeten. Die meisten betrafen Statusverhältnisse (§ 13 J. de act. 4, 6), doch gab es auch einige vermögensrechtliche, (Gaius IV § 44). Im allgemeinen wurde der Zweck, den die gemeinrechtliche Praxis und die C. P. O. im Wesentlichen durch die Feststellungsklage erstreben, im römischen Rechte bei Obligationen durch die Kautionsstipulationen zu erreichen gesucht (Bähr, Anerkennung S. 316 fg.). Als gleichberechtigt werden sie erst neuerdings anerkannt; denn noch im gemeinen Recht sah man vielfach nur die Verurteilungklage als die Klage und alles andre als Ausnahme an (besonders Leonhard, Zeitschr. f. C. Pr. Bd. 15 S. 342 fg., Reinhold, Zeitschr. f. C. Pr. Bd. 21 S. 1 fg., Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 10 fg.). Bei der Durchsicht der Übung gemeinrechtlicher Höchstgerichte

vermissen wir auch ein allgemeines Prinzip, welches der Anwendung der Feststellungsklage zu Grunde gelegen hätte (vgl. z. B. Sf. Arch. Bd. 1 Nr. 333; 2, 53; 3, 304, 305, 307; 9, 22; 11, 138; 12, 141; 13, 19; 14, 5, 145, 223; 15, 14; 20, 7; 23, 105, 123; 23, 106; 15, 144; R. O. H. G. Bd. 5 S. 86, 287, Bd. 9 S. 36). Wir finden vielfach eine Vermengung der wahren Präjudizialklage mit der Klage auf eine erst künftig fällige und liquide Leistung. (Rocholl, Zeitschr. f. C. Pr. Bd. 8 S. 358.)

3. Die Rechtsgestaltungs- (Rechtsänderungs-, Bewirkungs-, konstitutiven-) Klagen (vgl. Langheineken, Urteilsanspruch S. 90 fg.). Derjenige, der zuerst die Notwendigkeit der Einführung einer weiteren Klagenkategorie erkannt hat, ist wohl Rocholl (Rechtsfälle II S. 113 fg., 134 fg.) — er nennt sie Konfliktsklagen.

Diese Klagenart findet mehr und mehr Anerkennung; denn es erscheint unmöglich, alle vorhandenen Klagetypen auf die Formen der Verurteilungs- und Feststellungsklage zurückzuführen (was neuestens wieder Hölder (Zeitschr. f. C. Pr. Bd. 29 S. 50 fg. versucht) oder an allem, was dazu nicht gehört, stillschweigend vorüberzugehen, als wären es „pathologische Erscheinungen“ am Körper der Rechtspflege (Schmidt, Lehrb. S. 138 fg.).

4. Die Arrestklagen, um sie kurz zusammenzufassen (Stein, Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, S. 11.)

Das Klagerecht setzt in den meisten und wichtigsten Fällen einen privatrechtlichen Anspruch[1]) voraus. Der Anspruchsbegriff fehlte den Römern, seine Stelle ersetzte der Begriff „actio“.[2]) Was darunter zu verstehen ist, ist

---

[1]) Richtiger, einen privatrechtlichen Tatbestand d. h. eine behufs Subsumtion unter einen Rechtssatz zusammengefasste Gruppe von Tatsachen; denn der Anspruch ist die Rechtsfolge des Tatbestandes, das gedankenmässige Ergebnis einer Subsumtion des Tatbestandes unter das Gesetz — eine Aufgabe des Richters. Der autoritative Ausspruch, dass die Rechtsfolge entstanden sei, ist schon Gewährung des Rechtsschutzes, kann also nicht seine Voraussetzung sein. Es ist indessen hergebrachter Sprachgebrauch, als Rechtsschutzvoraussetzung den Anspruch, die Rechtsfolge des Tatbestandes, zu bezeichnen, und ihm hat sich die Rechtssprache angepasst.

[2]) Die Begriffe actio und Anspruch fallen nicht vollständig zusammen, weil die Geltendmachung des Anspruchs nicht nur, wie die der actio, ge-

sehr bestritten (vgl. hierüber Windscheid-Kipp, Lehrb. des Pandektenrechts, § 44). In l 51 D 44, 7 heisst es:

Nihil aliud est actio quam jus quod sibi debeatur judicio persequendi.

Die eigentliche Bedeutung des Wortes actio ist nicht zu verstehen ohne historische Kenntnis der eigentümlichen Bedeutung, welche gerade für das römische Recht der in einem gewissen Grade überall zu Tage tretende Unterschied zwischen dem objektiven Recht als solchem d. h. der Summe von Rechtssätzen, die uns das Gesetz und die Theorie darstellt, und demjenigen objektiven Recht, das sich in der Anwendung, in der Praxis verwirklicht, hatte. Im römischen Recht bestand ein sehr ausgeprägter Dualismus zwischen dem objektiven Gesetzesrecht und dem objektiven Recht der Praxis. Das Gesetz galt den Römern nicht als die einzige, ja nicht einmal als die wichtigste objektive Rechtsquelle. Um so gewissenhafter der Römer anfangs im Legisaktionenprozesse den Grundsatz „nulla actio sine lege“ befolgt hatte, um so mehr war er, durch die unerträglichen Härten dieses jus strictum gewitzigt, später von der Unzulänglichkkeit des blossen Gesetzesrechts überzeugt, und er gab daher im Formularprozess den rechtsprechenden Beamten einen geradezu schöpferischen Beruf, das Recht im einzelnen Falle zu bilden: adjuvandi, supplendi, ja sogar corrigendi juris civilis gratia. Es kam in Rom darauf an, ob der Prätor eine Klage gab, d. h. ob er für ein bestimmtes Begehren ein judicium anordnete. Obgleich dieser Aktionenbegriff mit dem klassischen römischen Civilprozess stehen und fallen musste, sind die actiones doch unter dem Namen „Klage“ „Klagerecht“ in das gemeine deutsche Recht übergegangen. Über den Klagerechtsbegriff war man sich aber durchaus nicht einig.

Während das Klagerecht nach Savigny (System V §§ 204, 205) als ein neues, aus dem verletzten Recht sich entwickelndes Recht erscheint, behaupten namentlich Puchta

---

richtlich durch Klage, Widerklage und Einrede, sondern auch ausserge-richtlich durch Kompensation, Retention und, soweit zulässig, (vgl. § 229 B. G. B.), durch Selbsthülfe erfolgen kann.

(Pandekten § 81), Wächter (Pandekten I § 98) und Arndts (Lehrbuch der Pandekten § 96), dass das Klagerecht nicht ein Recht für sich sei, sondern nur ein „Zusatz des Rechts", „ein Bestandteil und Ausfluss des Rechts, zu dessen Schutz die Klage dienen soll", „die dem Recht inne wohnende Macht, gegenüber dem widerstrebenden Willen anderer seine Geltung zu behaupten". Windscheid hat den ersten und entscheidenden Schritt getan, um unsern Begriff des subjektiven Privatrechts von dem aktionenrechtlichen prozessualen Element zu reinigen, indem er in seinem Werke, „die actio des römischen Civilrechtes vom Standpunkte des heutigen Rechts" zeigte, dass, wenn auch die Römer in ihrem Aktionenbegriff das Element des Gerichtsschutzes mitdenken, sich dies doch wesentlich aus der historischen Entwicklung erklärt und zu unsrer heutigen Auffassung nicht mehr passt, da diese durchweg das Recht als den Grund, die gerichtliche Verfolgbarkeit nur als dessen Folge betrachtet. Er ersetzte daher für das moderne Recht den Begriff der Klage durch den Begriff des Anspruchs, den er als das Recht, von einem andern etwas zu verlangen, definierte. (Windscheid, Pandekten I § 43). Nur vereinzelt wird diesem die Berechtigung schlechthin abgesprochen, so von Löning. (Widerklage S. 184), der erklärt, Anspruch ist nichts anderes als subjektives Recht, über seine Bedeutung herrscht aber mehr als nach einer Richtung hin Streit (vgl. hierüber Windscheid a. a. O § 43, Anm. 2, 3, 6 a). Auch das B. G. B. hat den Anspruchsbegriff[1]) übernommen. Nach der Legaldefinition (§ 194 Abs. 1) ist Anspruch „das Recht, von einem Andern ein Tun oder Unterlassen zu verlangen", das zu verlangen, was § 241 B. G. B. als „Leistung" bezeichnet.

Beim persönlichen Recht deckt sich regelmässig das Recht mit dem darin enthaltenen Anspruche. Man hat deshalb das persönliche Recht und den persönlichen Anspruch vielfach identifiziert (so Enneccerus, das bürgerliche Recht

[1]) Über die Bedeutung des Wortes „Anspruch" in der C. P. O. vgl. Windscheid-Kipp, a. a. O. I § 122 Note 6 S. 536.

I S. 313, Windscheid-Kipp a. a. O. § 43 Anm. 2 und 6a, Hellwig, Anspruch und Klagerecht S. 5 fg.), während die herrschende Lehre einen begrifflichen Unterschied zwischen Forderung und Anspruch macht (so Regelsberger, Pandekten I § 52 IV 2, Endemann, Einführung in das Studium des B. G. B. I § 90 III, Staudinger, Kommentar S. 6, Matthiass, Lehrbuch I S. 69). Die Frage ist im Grunde eine rein terminologische ohne jede praktische Bedeutung, da die allgemeinen Vorschriften über die Forderungsrechte grundsätzlich Anwendung auf die persönlichen Ansprüche leiden.

Aus absoluten Rechten entspringt dagegen ein Anspruch erst, wenn sie verletzt sind (so Kohler in Grünhut Bd. 14 S. 9 fg., Regelsberger a. a. O. I § 52, Dernburg, Pandekten I § 39 und bürgerl. Recht I S. 51, Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 79, Endemann, a. a. O. II S. 11 fg., Planck, Kommentar I S. 48, Enneccerus a. a. O. I S. 311, Matthiass, a. a. O. I S. 69, Windscheid-Kipp a. a. O. § 43 Anm. 3 u. a. m.); denn dem Anspruch ist nach dem Wortlaut des § 194 die Richtung gegen eine bestimmte Person (vgl. „von einem Andern“ in § 194 gegenüber „Andern“ in § 903 für unbestimmte Mehrere) und das Begehren einer bestimmten Leistung wesentlich. Vor der Störung ist aber einmal eine aktuelle Verpflichtung, ein wirkliches Verbundensein aller Andern zu einem bestimmten Verhalten nicht erfindlich, zum andern wird erst durch die Zuwiderhandlung die Person des Verpflichteten bestimmt. Mit Unrecht wird deshalb von Windscheid (a. a. O. § 43), Cosack (Bürgerl. Recht I S. 255), Hellwig (a. a. O. S. 25) das aus dem absoluten Recht entspringende Verbietungsrecht schon als Anspruch bezeichnet. Es lässt sich auch nichts, was von Ansprüchen gilt, auf den Anspruch gegen Jedermann beziehen, keine Verjährung, keine Cession, keine Kompensation, keine Novation (vgl. Enneccerus a. a. O. I S. 312).

Mit dem Hervortreten eines bestimmt Verpfichteten gestaltet sich das dingliche Recht dem Störer gegenüber zu einem obligationsähnlichen, indem der Berechtigte ein Forderungsrecht auf ein Geben, Tun oder Nichttun erlangt. Der dingliche Anspruch ist daher von Hellwig (a. a. O. S. 9

Anm. 3, S. 31 („die dinglichen Ansprüche sind Forderungen"), S. 39, („die dinglichen Ansprüche sind obligationes ex lege") geradezu als Forderungen bezeichnet worden. Zweckmässiger erscheint es indessen, den Begriff des Forderungsrechtes auf selbständige (nicht von absoluten Rechten abhängige) Rechte auf Leistung zu beschränken, weil zahlreiche von den Forderungen geltende Rechtssätze auf die dinglichen Ansprüche eben wegen dieser Abhängigkeit nicht oder nicht unverändert anwendbar sind. (Vielfache Gleichheit in der rechtlichen Behandlung des dinglichen und des Forderungsanspruchs betont Rümelin A. C. Pra. 68 S. 186 fg., andrerseits macht Regelsberger a. a. O. I § 52 VI auf die trotz mancher Gleichheiten bestehenden Verschiedenheiten aufmerksam.)

Der Anspruch entsteht im Sinne des B. G. B. nicht, sobald die Befriedigung des Anspruchs verlangt werden kann, sondern mit der Begründung des Gläubigerrechts (Rehbein, das bürgerl. Gesetzbuch I S. 303, Langheineken, Urteilsanspruch S. 123, Anspruch und Einrede S. 21, Endemann a. a. O. I S. 453, Windscheid-Kipp a. a. O. S. 159). Es liegt kein Grund vor, den Anspruchsbegriff auf Rechte auf ein alsbaldiges Tun oder Unterlassen zu beschränken (wie es Enneccerus a. a. O. I S. 311, Crome, System I S. 180, Neumann, Handausgahe I S. 187, Hölder, Kommentar Bem. I zu § 198 wollen).

Deshalb bestehen auch bereits betagte und bedingte Ansprüche; denn die befristete Forderung des B. G. B. ist ebenso wie die befristete Forderung des gemeinen Rechts nichts anderes als ein gegenwärtiges Recht auf Zahlung bei Eintritt der Befristung, und die bedingte Forderung muss als ein freilich noch ungewisses, schwebendes Recht des gleichen Inhalts aufgefasst werden. (Enneccerus a. a. O. I S. 264 fg.; vgl. über die verschiedenen diesbezüglichen Ansichten Langheineken, Anspruch und Einrede S. 69 bezw. 82). So kennt auch das B. G. B. die Möglichkeit, dass jemand unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist (§ 160 I), es kennt bedingte Forderungen (§§ 765, 1113, 1204, 1209), betagte Verbindlichkeiten (§ 813 II), noch nicht

fällige Ansprüche (§ 272) und § 916 II C. P. O., §§ 65, 67, 154, 156 K. O. reden von bedingten und betagten Ansprüchen.

Unzulässig ist es, zu unterscheiden zwischen (befristeten) Forderungen, deren rechtliche Wirkung nach Absicht der Parteien erst mit dem Anfangstermin eintreten soll und solchen (betagten), deren blosse Geltendmachung auf den Termin verschoben ist, (wie Planck, Kommentar, zu § 163, Rehbein, Kommentar S. 240 fg., Hellwig a. a. O. S. 7, Langheineken, Anspruch und Einrede S. 51 fg., Prot. I S. 186 unterscheiden), zu unterscheiden zwischen bedingten Ansprüchen, deren Entstehung vom Eintritt eines ungewissen Ereignisses abhängig ist und bedingt wirksamen Ansprüchen, deren Durchführung lediglich hinausgeschoben ist. Besonders die letztere von Langheineken (a. a. O. S. 51 fg.) getroffene Scheidung hat Widerspruch gefunden von Hellwig a. a. O. S. 6 fg., Crome, System I S. 449, Endemann a. a. O. I S. 335, Rehbein a. a. O. S. 240 fg., Eccius in Gruchot 45 S. 438, Strohal, Erbrecht S. 127, Planck, Kommentar I S. 209, R. G. in Gruchot 46 S. 366, aber auch gegen die erstere Scheidung haben sich gewandt Dernburg, Bürgerl. Recht I S. 463, Leonhard, Allg. Teil S. 416 und Enneccerus I § 105 S. 265.

Das B. G. B. macht diesen Unterschied nicht, wenn es in § 158 sagt: Wird ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommen, oder wenn es in § 163 sagt: Ist für die Wirkung eines Rechtsgeschäfts ein Anfangstermin bestimmt. Damit fasst es die beiden angeführten Fälle zusammen und ebenso begreift das B. G. B. dort, wo es von einer nicht fälligen Forderung (§ 272), einer betagten Verbindlichkeit § 813 II, betagten oder bedingten Vermächtnissen § 2213 II, bedingten oder künftigen Forderungen §§ 765, 1113, 1204, 1209 spricht, ohne Zweifel beide Fälle. Auch kann eine derartige Unterscheidung unmöglich auf die Parteiabsicht gegründet werden, da den Parteien diese Unterscheidung ganz fremd ist. Dazu kommt noch, dass sich die Scheidung häufig nur schwer durchführen lässt.

Hat jemand einen Anspruch, so hat er damit allein noch nicht die Gewähr, dass der Richter ein ihm günstiges Urteil in der Sache fällt; denn nicht jeder Anspruch kann jeden Rechtsschutz erhalten: nicht jeder Anspruch kann nach § 256 C. P. O zur Feststellung gebracht werden, das Rechtsverhältnis im Sinne des § 256, der verjährte, der verpfändete oder gepfändete Anspruch, der Anspruch, dem eine Einrede entgegensteht, ist für die Verurteilungsklage untauglich. Der Anspruch muss also zu dem verlangten Rechtsschutz fähig sein. Endlich muss der Rechtsschutz einem Bedürfnis des Ansprechenden genügen, dieser muss ein Rechtsschutzinteresse haben.[1]) (So Schmidt, Lehrbuch S. 678 fg., Langheineken, Urteilsanspruch S. 21 fg., Stein a. a. O. S. 13 fg.)

Das Gesetz geht davon aus, dass mit dem fälligen Anspruche auch das Bedürfnis nach seinem Schutz gegeben sei und dehnt dies sogar in § 257 und 258 C. P. O. auch auf Fälle künftiger Leistung aus. Da diese Verallgemeinerung sehr oft schon bei fälligen Ansprüchen zu einer Härte gegen den Schuldner führt, von den nichtfälligen ganz zu schweigen, so ist es verständlich, dass die Theorie früher vielfach (Savigny, Puchta, Keller) den Versuch machte, das Klagerecht d. h. den Anspruch auf Verurteilung von einer Rechtsverletzung[2]) abhängig zu machen oder gar das ganze Erfordernis auf das privatrechtliche Gebiet hinüberzuspielen und den materiellen Anspruch selbst als das

[1]) Weitere Rechtsschutzvoraussetzungen gibt es nicht. Allerdings gibt es eine ganze Reihe von Erfordernissen, die bei einem dem Kläger günstigen Sachurteil vorliegen müssen, und deren Mangel zur Abweisung der Klage führt. Aber sie alle sind Prozessvoraussetzungen und unterstehen als solche einer grundsätzlich verschiedenen Behandlung. Die Rechtsschutzvoraussetzungen sind nur Bedingungen des günstigen Sachurteils, die Prozessvoraussetzungen dagegen müssen gegeben sein, damit ein Prozessverhältnis entsteht d. h. damit der Antragsteller eine Verhandlung und Entscheidung über seinen Antrag überhaupt erlangt.

[2]) Sobald der Berechtigte nicht das hat, was er kraft seines Anspruchs verlangen kann, wird der Anspruch ein unbefriedigter. Besteht die Unbefriedigtheit des Anspruchs ohne Zustimmung des Berechtigten, so nennt man den Anspruch einen verletzten und bezeichnet diese Tatsache als Anspruchs- oder Rechtsverletzung.

erst durch die Verletzung des materiellen Rechts entstehende sekundäre Recht aufzufassen (Savigny, a. a. O. V S. 1 fg., 286; vgl. oben S. 4). Dem römischen Recht ist diese Rechtsverletzungstheorie ganz und gar fremd. (Windscheid a. a. O. S. 163.) Eine Stelle im corp. jur. civ., die als causa actionis die Rechtsverletzung bezeichnet, gibt es nicht (Briegleb, Vermischte Abhandlungen I S. 168) vgl. im Gegenteil l 1 § 22 D 16, 3 und l 48 D 45, 1. Die actio stützt sich einfach darauf, dass der actor ein Recht gegenüber dem reus hat. Die legisactio ist nicht, wie Savigny (a. a. O. S. 7) sagt, die zur Abwendung der Verletzung anzuwendende Tätigkeit, sondern die Durchsetzung der eigenen Berechtigung, und die spätere römische Auffassung ist in diesem Punkte dieselbe geblieben. Freilich kommt es nicht zur Litiskontestation, wenn nicht der Beklagte der vindicatio oder intentio eine contravindicatio bezw. negatio entgegenstellt. Aber es wäre dennoch ganz verfehlt, als die Grundlage des judicium nicht das klägerische Recht, sondern die durch die Bestreitung desselben begangene Rechtsverletzung zu betrachten (Fischer, Recht und Rechtsschutz S. 69, 70). Heute ist die Rechtsverletzungstheorie, wie die Motive zum B. G. B. (I S. 359) mit Recht betonen, nach jeder Richtung hin unhaltbar, materiell rechtlich und prozessual (vgl. aber unten Abschn. VII) (trotzdem hält z. B. Langheineken, Anspruch und Einrede S. 101 noch daran fest). Dass die C. P. O. keine auch noch so objektive Rechtsverletzung neben dem Bestehen des Anspruchs verlangt, beweist § 93 C. P. O.: „Hat der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben, so fallen dem Kläger die Prozesskosten zur Last, wenn der Beklagte den Anspruch sofort anerkennt.“ Trotz mangelnder Veranlassung zur Klage wird der Beklagte also gemäss § 307 C. P. O. verurteilt. Würde der Kläger bei nicht veranlasster Klage abgewiesen, so folgte seine Kostenpflicht schon aus § 91, und § 93 wäre überflüssig.[1]) [Windscheid (a. a. O. I

[1]) Langheineken (Urteilsanspruch S. 126) macht den Versuch, § 93 mit seiner Theorie, dass das Klagerecht erst durch Verletzung des Anspruchs entstehe, dadurch in Einklang zu bringen, dass er in der Klage-

§ 122 S. 534) übersieht, dass der Kläger siegt, wenn er sagt: „dass dem Kläger kein Klagerecht zustand, zeigt sich darin, dass demselben die Prozesskosten zur Last gelegt werden.“)

Nicht einmal das lässt sich aufrecht erhalten, dass Voraussetzung der Verurteilung eine Rechtsverletzung in dem ganz objektiven Sinne sei, dass der Anspruch ein unbefriedigter sei (so Planck, Lehrb. Bd. 2 S. 8 fg., Schmidt, Lehrb. S. 689, Oetker, Grundbegriffe I S. 15, 39). Wenn nach §§ 257, 258 die Verurteilung (Schmidt nimmt hier Feststellungsklage an, vgl. unten Abschn. VI, 2) vor Fälligkeit, also zu einer Zeit erfolgen kann, wo die Nichterfüllung dem Gesetze entspricht, so ist der Anspruch auch im objektivsten Sinne nicht verletzt, vielmehr befriedigt, und wenn nach §§ 274, 322 B. G. B. die Verurteilung zur Leistung Zug um Zug zu einer Zeit ausgesprochen werden darf, wo der Beklagte ein gesetzlich gesichertes Recht hat, die geschuldete Leistung zu verweigern, oder nach § 305 C. P. O. die Verurteilung des Erben unter Vorbehalt der beschränkten Haftung während der Zeit erfolgen darf, wo er nach § 2014 B. G. B. berechtigt ist, die Berichtigung der Nachlassverbindlichkeit zu verweigern, so ist für diese Rechtslage die Bezeichnung Rechtsverletzung in jedem Sinn unzutreffend. (Stein, a. a. O. S. 402.)

Nach dieser Besprechung, die für das bessere Verständnis der nachfolgenden Ausführungen angebracht war, wollen wir nunmehr in die Behandlung des eigentlichen Themas selbst eintreten, und zwar sei zunächst die Frage aufgeworfen:

---

erhebung das Verlangen der Befriedigung sieht und hierdurch die Anspruchsverletzung eintreten lässt. Dass in der Klage eine Mahnung liegen kann, ist natürlich zweifellos, eben so sicher aber auch, dass sie nicht stets darin liegt, so z. B. nicht, wenn aus einem fälligen, aber noch nicht präsentierten Wechsel geklagt wird, oder wenn die Widerklage gegenüber dem zur Empfangnahme einer Mahnung nicht legitimierten Rechtsanwalt geschieht, oder wenn der Gläubiger in mora accipiendi ist. Vor allem aber scheitert diese Theorie an der Zulässigkeit der Klage aus nicht fälligen Ansprüchen, welche Langheineken (S. 196, 219) aus dem Gesichtspunkt einer „anticipierten Anspruchsverletzung“ begründen will. (Hellwig a. a. O. S. 353 Anm. 17.)

II. Welchen Zeitpunkt hat das römische und darnach das gemeine Recht als massgebend für die Verurteilung angesehen?

Zwischen dem Prozessbeginn und dem Endurteil liegt ein mehr oder minder langer Zwischenraum, in dem sich der Gegenstand des Streites verändern kann. Das ältere römische Recht suchte die Schwierigkeit, die durch solche Veränderungen der Sachlage für die Richter entsteht, dadurch abzuschneiden, dass es dieselben ignorierte und die Zeit der Litiskontestation, d. i. die Konstatierung des Streits der beiden Parteien vor Gericht zum Zweck der Herausforderung eines Urteils, allein für die Frage der Existenz des klägerischen Rechts sowie des Umfangs der Verurteilung als massgebend behandelte. Keine Partei sollte durch das Hinausschieben des Endurteils Vorteil oder Nachteil haben. Über das Recht, wie es zur Zeit der Litiskontestation bestand, hatten die Parteien richterlichen Spruch gefordert, demgemäss sollte dieser Zeitpunkt allein als massgebend für die Entscheidung in Betracht kommen. So war folgerecht der Beklagte selbst dann zu verurteilen, wenn er den Kläger während des Prozesses bezahlte oder sonst befriedigte, und war der Anspruch des Klägers zur Zeit der Litiskontestation nicht begründet, so erfolgte Abweisung der Klage, selbst wenn der Mangel (z. B. der Fälligkeit des Anspruchs) bis zum Erlass der sententia im judicium behoben wurde. (Dernburg, Pandekten I S. 357).

l 23 D de jud. (5, 1) sagt:

Non potest videri in judicium venisse id, quod post judicium acceptum accidisset, ideoque alia interpellatione opus est. (vgl. l 35 eod. und l 30 pr. D 15, 1.) (S. hierzu Seuffert, Kommentar, § 267 N. 4; Savigny, System VI S. 64 fg., Windscheid-Kipp, a. a. O. § 128 N. 5, Wetzell, System § 14 N. 66).

Diesen Grundsatz haben nun schon die Römer nicht immer starr durchgeführt. So soll z. B. bei der rei vindicatio (l 27 § 1 D 6, 1), der heriditas petitio (l 18 § 1 D 5, 3;

l 16 pr. eod.), der actio depositi (l 1 § 21 D 16, 3), der Exhibitionsklage (l 7 § 4 D 10, 4) der Beklagte verurteilt werden, wenn er den (die Passivlegitimation ergebenden) Besitz der herausverlangten Gegenstände auch erst nach der Litiskontestation erhalten hat, [weil, wie Windscheid (a. a. O. I § 128 N. 5 S. 561) erklärt, dies nicht in der intentio gestanden habe, das in der intentio aber nicht bezeichnete nur zur Zeit des Urteils habe vorhanden sein brauchen]. Für die Klage aus dem Pfandvertrage genügt es, dass die Zahlung der Schuld nur vor dem Urteil eingetreten ist. l 9 § 5 D de pign. act. 13, 7 [obwohl dies in der intentio (in factum concepta) stand! Lenel, Edikt S. 201). Die actio de peculio (l 30 pr. D 15, 1; l 7 § 15 D 42, 4] setzt nur voraus, dass zur Zeit des Urteils etwas in peculio sei. Die Handlung des Beauftragten, die dem Anspruch seine konkrete Richtung gibt, braucht nicht schon beim Beginn des Prozesses vorgenommen gewesen zu sein. l 17 D mand. 17, 1. Für den kanonischen Prozess sollte es, falls ein Erwerbsgrund für das geltend gemachte Recht in der Klage nicht angegeben war, genügen, dass das Recht nur vor dem Urteil erworben worden war.[1]) (c. 3 in VI°

[1]) Das moderne Recht hat den römisch rechtlichen Gedanken der Ersetzung des dare oportere durch das condemnari oportere, also der prozessualen Konsumtion des Anspruchs durch die Litiskontestation aufgegeben. Man sieht heute bei Beurteilung der Begründetheit eines Anspruchs nicht auf den Augenblick der Klagezustellung, die heute die Wirkungen der Litiskontestation herbeiführt, sondern auf den Augenblick der Urteilsfällung oder — mit Rücksicht auf die Möglichkeit der Ansetzung eines Publikationstermins (§ 310 C. P. O.) — genauer gesprochen auf den Zustand zur Zeit der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil ergeht. [So Struckmann-Koch, Kommentar § 267 N. 3, Gaupp-Stein, Kommentar § 300 III b, Seuffert, Kommentar § 267 N. 4, Windscheid-Kipp, a. a. O. I § 128 N. 2 und S. 563, Motive zu 1. Entw. eines B. G. B. I S. 364 fg., Sf. Arch. 49 N. 127, Bolze 22 N. 747, Sf. Arch. 53 N. 155, während Wilmowsky-Levy. Kommentar. § 239 (alt) N. 1 Abs. 4, Petersen, Kommentar, § 300 N. 4, Crome, System I S. 566 noch mehr oder weniger den Zeitpunkt des Prozessbeginnes als massgebend betrachten und die Verurteilung bei nachträglichem Eintritt der Bedingung oder des Fälligkeitstermins als Ausnahme behandeln, einen ähnlichen Standpunkt haben die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in der Entscheidung vom 27. April 1898 (Bd. 41 S. 87) eingenommen]. Abgesehen davon, dass die römisch recht-

de sententiis 2, 14; vgl. dazu Wächter, Erörterungen Heft 3 S. 122 fg., Savigny, System VI S. 70 fg.) In Ermangelung einer gesetzlichen Basis musste die Praxis des gemeinen Rechts notwendig schwankend und sich widersprechend sein, je nachdem die Gerichte mehr an dem legalen Standpunkt festhielten oder denselben im Interesse des Rechtsbedürfnisses zu verlassen geneigt waren.

Das Urteil des Ober-Appelationsgerichts in Darmstadt v. 14. Juni 1853 (Sf. Arch. 7 N. 298) erfordert zur Nativität der Klage stets eine voraufgegangene Rechtsverletzung, weil die zum Schutze einer obligatio gegebenen Klagen nur auf das gerichtet werden könnten, was den Gegenstand der obligatio ausmache (vgl. hierzu oben S. 9 fg.). Deshalb sei die Klage auf eine betagte oder bedingte Forderung nicht zulässig, wenn der dies oder die condicio erst nach der Litiskontestation eingetreten sei. Damit stimmt auch das Urteil des Ober-Appelationsgerichts in Kiel vom 1. März 1865 (Sf. Arch. 19 N. 110) überein und im Wesentlichen das des Ober-Appelationsgerichts zu Rostock v. 16. Febr. 1866 (Sf. Arch. 23 N. 106) vgl. auch Sf. Arch. 37 N. 153 (O. L. G. Celle).

---

lichen Grundsätze formell ausser Kraft gesetzt sind (sei es durch § 14 E. G. C. P. O., sei es durch Art. 55 E. G. B. G. B.), ist deren Anwendung heute unmöglich. Der moderne Richter ist von Staatswegen berufen, die Klageerhebung verleiht ihm nicht erst die Gerichtsbarkeit (Dernburg, Preuss. Priv. R. I § 133 N. 2) und er kann deshalb auch seine Aufgabe nicht endgültig begrenzen — der judex in Rom hatte nur abzuurteilen, was ihm in der Formel übertragen war. Erst der Schluss der mündlichen Verhandlung ergibt, worüber zu urteilen ist. Die C. P. O. hat auch nie und nirgends gezeigt, dass sie einen andern Zeitpunkt als erheblich anerkenne. Weder in § 278 noch in § 529 ist ein Unterschied unter den zugelassenen Angriffs- und Verteidigungsmitteln gemacht, und wo das Gesetz eine spätere Veränderung der Umstände berücksichtigt, da zieht es die Grenze bei dem Erlass des Urteils: so in § 767 [2] hinsichtlich der abgeschnittenen Einwendungen, in § 323 [2] hinsichtlich der für Alimente etc. massgebenden Verhältnisse, s. ferner § 268 III (Veränderung des Gegenstands der Verurteilung) und vgl. §§ 265 III, 266 II (Verlust der Sachlegitimation). Nur prozessuale Schranken bestehen. Wegen des Verbots der Klageänderung muss die Tatsache, sofern sie nicht als blosse Berichtigung unter § 268 N. 1 fällt, oder der Beklagte einwilligt, oder die Änderung vom Gericht zugelassen wird §§ 264, 527, als nicht ordnungsmässig vorgebracht, ausser Betracht bleiben.

Überwiegend hat sich aber die Praxis des gemeinen Rechts[1]) schon in älterer Zeit im Anschluss an die oben erwähnten Stellen der römischen Rechtsbücher bei betagten und bedingten Forderungen, wenn die Zeit der Erfüllung oder die Bedingung nach der Klagebehändigung, die die Wirkungen der Litiskontestation herbeiführte, aber zur Zeit des Urteils eingetreten war, gegen die Verweisung des Klägers zu einem neuen Prozess und für eine Verurteilung des Beklagten ausgesprochen. Sehr viele Entscheidungen höchster Gerichtshöfe stehen — wenigstens in Ansehung des dies — auf diesem Boden, wie z. B. die Entscheidungen in Sf. Arch. 3 N. 204, 290, 352, Bd. 8 N. 91, Bd. 19, N. 271, Bd. 21 N. 159, 260, 267, 271, Bd. 25 N. 75, 176, Bd. 26 N. 276; Bd. 33 N. 166; Bd. 37 N. 152, Bd. 50 N. 48, R. O. H. G. Bd. 1 S. 31, 5 S. 314, 9 S. 434, 21 S. 207, R. G. I S. 425, VIII S. 416.

Als Vertreter der Ansicht, dass die Begründung der Klage nicht lediglich nach der Zeit ihrer Anstellung zu beurteilen ist, dass vielmehr der Richter den Beklagten auch dann zu verurteilen hat, wenn die eingeklagte Leistung noch vor Erlassung des Urteils fällig geworden ist, ist unter den ältern Juristen namentlich Voet, comment. ad pand. lib. V tit. 1 § 26 zu erwähnen, wo es heisst:

Quod si pendente debiti conditione debitum in judicio coeptum sit peti, ac lite pendente existat conditio, ne tum quidem reum condemnandum esse; sed magis a judicii observatione dimittendum prima fronte suadere videtur juris regula; — sed contrarium magis jure civili probatum esse ex eo apparet, quod Ulpianus scripsit, debitorem conditionalem pendente conditione conventum actione ex stipulatu vel petitione hereditatis, tamquam juris possessorem con-

---

[1]) Das preussische Recht steht, wie sich aus der Bestimmung des § 5a A. G. O. I 10 in Verbindung mit dem in § 3 N. 1 und 2 das. I 23 einer plus petitio in Ansehung der Zeit beigelegten Einflusse auf die Bestimmung des Kostenpunkts ergibt, auf dem Boden der Auffassung, nach der bei einem nach der Klagebehändigung erfolgten Eintritt des dies oder der conditio die Verurteilung des Beklagten auszusprechen ist (vgl. Obertribunal zu Berlin Entsch. 6 S. 53, 8 S. 226, 34 N. 158, 32 N. 292, Striethorst Arch. 22 S. 314, 18 S. 315, 89 S. 106, 68 S. 3, 69 S. 49 und 327.

demnari debere, si modo rei judicandae tempore conditio exstiterit, atque ita venerit dies obligationis.

Von den neuern Prozessualisten bezeugen Linde, Lehrbuch des Civilprozesses § 197, Note 4 und Bayer, Vorträge, 10. Aufl. S. 540 die Praxis, dass, wenn die Bedingung des streitigen Anspruchs auch nur zur Zeit des Endurteils existiere, eine Verurteilung des Beklagten erfolge. Bayer spricht sich dahin aus, dass, wer vor der Zeit klage, nicht mehr die alte Strafe der plus petitio tempore verwirke, sondern mit der Klage abgewiesen werde, dass aber, wenn der dies oder die conditio noch vor erfolgter Abweisung eintrete, auf den Umstand, dass zu früh geklagt werde, jetzt gar nicht mehr Rücksicht genommen werde.

So ist allmählich der Gedanke zur Geltung gekommen, dass die Zeit des Urteils darüber entscheidet, ob und inwieweit der Beklagte zu verurteilen ist, und mag dies immerhin für das gemeine Recht als Prinzip nicht ausgesprochen sein, in Wirklichkeit ist jedenfalls die frühere Regel, dass der Richter bei seinem Urteil die Verhältnisse zur Zeit der Litiskontestation zu Grunde zu legen habe, eine Ausnahme geworden. Nach durchaus herrschender Ansicht in Theorie und Praxis hatte Verurteilung zu erfolgen, wenn das klägerische Recht zur Zeit des Prozessbeginns noch bedingt oder betagt war, zur Zeit der Fällung des Urteils aber unbedingt und unbetagt war (vgl. oben S. 13, Anm. 1).

III. Hat das gemeine Recht schon Klagen auf künftige Leistung gekannt?

Die Rechtsübung ist bei der eben erwähnten Regel nicht stehen geblieben. Der Gedanke, eine unnütze Vervielfältigung der Prozesse zu vermeiden, hat dazu geführt, bei wiederkehrenden Leistungen die Klage auf sämtliche noch ausstehende künftig verfallende Leistungen zuzulassen, sobald nur eine der Leistungen fällig geworden ist und eine allgemeine Rechtsübung in diesem Sinne geschaffen,

insbesondere bei Schadens- und Alimentenansprüchen. Beispielsweise hat das Obertribunal zu Stuttgart erkannt, dass, wenn aus einem streitig gewordenem Rechtsverhältnis teils verfallene, teils unverfallene Forderungen entspringen, der verfallene Teil gleichbald oder in einer bestimmten Zeit, der unverfallene aber zur Verfallzeit bezahlt werde, ohne dass der Prozess für jedes Ziel erneuert zu werden brauchte (Sf. III N. 383) und auch das Reichsoberhandelsgericht hat sich (1875) bei der Weigerung des Beklagten zur Zahlung fälliger Jahresraten für eine Verurteilung des Beklagten zu den weiteren Jahresraten ausgesprochen, da Kläger sonst genötigt wäre, jede einzelne Rate nach Verfall besonders einzuklagen (Bd. 18 S. 59) (vgl. noch Sf. Arch. 2 N. 56, 9 N. 165, 42 N. 140, 50 N. 152, 52 N. 140, J. W. 1897 S. 146 N. 4, R. G. Bd. 37 S. 305, 41 S. 372, Förster-Eccius, Preuss. Priv. R. Bd. I § 50, Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 123). Man hat ferner vereinzelt die Einklagung einer betagten Forderung, deren dies gewiss ist, mit dem Begehren, dass der Beklagte kondemniert werde, zur Verfallzeit zu leisten, zugelassen und die Verurteilung insbesondere alsdann für unbedenklich gehalten, wenn der Beklagte nicht die Einrede plus petitionis tempore erhoben hatte — namentlich ist für das Gebiet des preussischen Rechts die Statthaftigkeit solcher Klagen, in erster Linie Darlehnsklagen und Klagen in Exmissions- und Alimentensachen anerkannt (vgl. Förster-Eccius a. a. O. Bd. I § 50, Stölzel, Schulung, I S. 157) Bornemann, Systematische Darstellung des Preuss. Civilrechts Bd. 3 S. 160 sagt, es sei gerechtfertigt, auch bei der nicht ausdrücklich als Kündigungsklage — eine besondere Klage aus der A. G. O. Teil I Tit. 28 §§ 4, 16 — angestellten auf Rückforderung des Darlehns gerichteten Klage trotz mangelnden Nachweises vorgängiger Kündigung nicht auf Abweisung der Klage, sondern auf Zahlung zur gesetzmässigen Zeit zu erkennen.

Einzelne höhere Gerichte sind noch weiter gegangen, indem sie die Klage aus einer suspensiv bedingten Obligation vor Eintritt der Bedingung zugelassen haben. (Sf. Arch. 9 N. 165, 14 N. 5, 145.) Das vormalige Reichs-Ober-

handelsgericht hat in dem Urteil vom 16. März 1872 (Bd. 5 S. 287) eine Klage auf Erfüllung eines zweiseitigen Vertrages Zug um Zug für statthaft erklärt, nicht nur dann, wenn der Beklagte seine Verpflichtung zu der vertragsmässigen Leistung in Abrede gestellt und die Annahme der Gegenleistung geweigert, sondern auch dann, wenn der Kläger vorzuleisten vertragsmässig verpflichtet war und sich in der Klage verbaliter zur Leistung erboten hatte. Es ist dafür die allgemeine Übereinstimmung in Theorie und Praxis geltend gemacht und Bezug genommen auf Wetzell's System 2. Aufl. S. 506; Zaun, Arch. für praktische Rechtswissenschaft Bd. 4 S. 412 fg., Sf. Arch. 1 N. 333, 11 N. 138, 12 N. 141, 15 N. 14, 20 N. 7.

Zu erwähnen sind noch als ausserordentlich weitgehend einige andere Erkenntnisse höherer Gerichte:

Das Obertribunal zu Stuttgart hat entschieden, dass die Vorausbezahlung von Alimenten gefordert werden könne, weil die Vorausbezahlung derselben aus der Natur der Sache fliesse (Sf. Arch. II S. 56). Das Ober-Appellationsgericht zu Dresden hat erkannt, dass mit Rücksicht auf die Bedürfnisse der Mutter und des Kindes eine Alimentationsklage vor der Entbindung zulässig sei, und der Beklagte zu verurteilen sei, der Klägerin für das von ihr zu gebärende Kind von dessen Geburt an den zu bestimmenden Alimentationsbeitrag zu gewähren, sofern die Klägerin ihre innerhalb der gesetzlichen Konzeptionsfrist erfolgte Entbindung von einem lebenden Kinde nachweise. (Sf. Arch. 9 N. 165, Urteil von Oktober 1852).

Das Ober-Appellationsgericht zu Mannheim hat die Klage gegen den Bürgen eines in Gant verfallenen Hauptschuldners mit dem Antrage, denselben zur Zahlung desjenigen Betrages zu verurteilen, mit dem Kläger im Gantverfahren ausfallen würde, für statthaft erklärt. (Sf. Arch. 3 N. 264, Urteil vom Jahre 1845.)

Aus den angeführten Entscheidungen darf natürlich nicht der allgemeine Satz abgeleitet werden, dass die Praxis des gemeinen Rechts die Einklagung nicht fälliger Forderungen schlechthin gestattet habe.

Handelt es sich doch immer nur um ganz vereinzelt dastehende Entscheidungen, denen die herrschende Lehre in Theorie[1]) und Praxis entgegensteht. (vgl. z. B. R. O. H. G. 5 S. 288, 17 S. 148, Degenkolb, Einlassungszwang S. 71 fg., Windscheid-Kipp, a. a. O § 128 N. 6, v. Wächter, Pandekten I S. 518, Unger, östr. Priv. R. Bd. 2 § 133 N. 24.) Es ist auch sehr wohl zu beachten, dass es sich in den angeführten Entscheidungen, namentlich um Klagen auf Gewährung von Unterhalt handelt, und dass diese gerade nur deshalb, wegen ihrer besonderen Natur zugelassen sind.

Es bleibt vielmehr dabei, dass regelmässig nur der fällige Anspruch durch Klage verfolgt werden kann.

Abgesehen von bedingten Verurteilungen in besonderen Fällen hat man in der Praxis des gemeinen Rechts eine Verurteilung zu nicht fälligen Leistungen allgemein nur dann zugelassen, wenn es sich um wiederkehrende Leistungen für bestimmte Zeit oder für die Lebensdauer eines Menschen handelte, und mindestens eine fällig war.

Dieses war der Rechtszustand vor der Einführung der C. P. O.

Es fragt sich, ob hieran durch das Inkrafttreten derselben etwas geändert ist.

IV. Hat die C. P. O. vom 30. Januar 1877 irgend welchen Einfluss auf die Frage, ob Forderungen vor der Fälligkeit eingeklagt werden können, ausgeübt?

1. Stellungnahme zur Ansicht Bähr's.

Bähr hat in seinem Werke „Urteile des Reichsgerichts mit Besprechungen" die Ansicht aufgestellt, es könne schlechthin ein Urteil auf Leistung noch nicht fälliger Forderungen ergehen, wenn ein rechtliches Interesse auf verfrühte Einklagung nachgewiesen werde. Er begründet seine Ansicht folgendermassen:

[1]) Die Frage ist indessen überall nur kurz gestreift.

So wie es gestattet sei, mit der Klage auf Erfüllung ev. die Klage auf Entschädigung zu verbinden, so müsse es unter Umständen auch gestattet sein, mit der Klage auf Feststellung ev. die Klage auf Erfüllung zu verbinden d. h. auf Grund des festzustellenden Rechtsverhältnisses für die zukünftige Leistung eine sofortige Verurteilung zn erwirken. Selbstverständlich knüpfe sich an das Urteil, welches nur das Recht auf eine zukünftige Leistung ausspreche, mit dem Eintritt der Fälligkeit der Leistung die actio judicati; denn das Interesse bei Feststellung des Rechtsverhältnisses bestehe nur in der Erlangung eines rechtskräftigen Ausspruchs über dasselbe. Fordre aber der wirksame Schutz des klägerischen Rechts, dass dieses Judikat über das Rechtsverhältnis sofort auch vollziehbar gemacht werde, so sei kein Grund vorhanden, dieses zu versagen. Es geschehe dieses dadurch, dass die Feststellung des Rechtsverhältnisses in der Form einer Verurteilung zu der künftigen Leistung erfolge. Die Folge einer solchen Verurteilung sei, dass der Kläger mit Eintritt der Fälligkeit der Leistung die Hülfsvollstreckung in Gang setzen könne. Sachlich entnehme ein solches Urteil aus den Grundsätzen der Feststellungsklage sein Lebenselement, indem nur nach Massgabe dieser Grundsätze — mittels Nachweises eines rechtlichen Interesses — gestattet sein könne, ein solches Urteil vor Eintritt der Fälligkeit der Leistung zu erwirken. In diesem Sinne sei es also ein Feststellungsurteil. Eine Verurteilung zu betagten Leistungen sei unsrer Rechtsprechung durchaus nicht fremd. Sie komme alltäglich vor in den Fällen periodisch wiederkehrender Leistungen. Nach den Grundsätzen der Feststellungsklage werde eine Verurteilung zu betagten Leistungen in noch weit grösserem Umfange zulässig sein. Jeder Zweifel hierüber erledige sich dadurch, dass die C. P. O. (§§ 726, 751) ausdrücklich solche Verurteilungen als zulässig anerkenne. (S. 155 bis 157 a. a. O.)

Das ist zweifellos richtig und auch von der C. P. O. in § 268 ausdrücklich anerkannt, dass an die Stelle der Klage auf die schuldige Leistung die Klage auf Entschädi-

gung treten kann für den Fall, dass der Beklagte durch seine Schuld oder einen von ihm zu tragenden Zufall ausser Stand gesetzt ist, in Natur zu leisten. Daraus folgt aber keineswegs, dass deshalb auch mit der Klage auf Feststellung die Klage auf eine noch nicht fällig gewordene Leistung eventuell verbunden werden könnte; denn das Verhältnis der Klage auf Erfüllung zur Klage auf Entschädigung ist ein ganz anderes als das der Feststellungsklage zur Leistungsklage. Die Voraussetzungen für die Anstellung der Klage auf Erfüllung und Entschädigung sind die gleichen (vgl. § 249 Abs. 2 B. G.), das Klagefundament ist dasselbe, die Klage auf Entschädigung ist gewissermassen gar nichts anderes als die Klage auf Erfüllung, da die Entschädigung ein blosses Surrogat der Erfüllung ist. Nach allgemeinen Grundsätzen tritt der Anspruch auf das Interesse für den Anspruch auf Erfüllung ein, wenn dieser unmöglich oder unerschwinglich geworden (vgl. § 251 B. G. B.) und nicht durch das Unmöglichwerden erloschen ist, und § 268 C. P. O. bestimmt ausdrücklich, dass es nicht als Klageänderung anzusehen ist, wenn ohne Änderung des Klagegrundes statt des ursprünglich geforderten Gegenstandes ein andrer Gegenstand oder das Interesse gefordert wird. In den sehr häufigen Fällen, wo Ersatz zu leisten ist wegen der Verletzung einer Person oder einer Sache, hat der Gläubiger sogar von vornherein die Wahl, ob er auf Naturalrestitution oder auf Geldersatz klagen will. § 249 Satz 2 B. G. B. Dagegen ist das Verhältnis der Feststellungsklage zur Verurteilungsklage ein ganz anderes. Klagegrund der Feststellungsklage ist das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses u n d zugleich das Feststellungsinteresse[1]) des Klägers. Die Klage hat also stets einen

[1]) Das Feststellungsinteresse ist eine Voraussetzung der Existenz des Feststellungsanspruchs, nicht eine Bedingung für die Statthaftigkeit der Geltendmachung eines anderweit begründeten Feststellungsanspruchs; es gehört also das Vorhandensein eines objektiv begründeten Feststellungsinteresses nicht zu den Prozessvoraussetzungen. Die richtige Ansicht wird vertreten von: Hellmann, Lehrbuch S. 376, Wach, Feststellungsanspruch S. 25 fg., Kohler in Grünhut 14 S. 38, Schmidt, Klageänderung S. 195, Langheineken, Urteilsanspruch S. 134, Kommentare von Gaupp,

doppelten Klagegrund. (Bez. des Verhältnisses der beiden Teile desselben zu einander vgl. Rocholl, Rechtsfälle II S. 140 fg.) Der Klagegrund der Verurteilungsklage ist ein einfacher, zwar fehlt auch bei ihr nicht das rechtliche Interesse des Klägers, die Leistungspflicht des Beklagten festgestellt zu sehen, dieses ist aber begriffsmässig stets vorhanden und bedarf keiner weiteren Darlegung. Die Leistungsklage ist also nicht eine Art der Feststellungsklage, und umgekehrt die Feststellungsklage nicht eine blosse Form der Verurteilungsklage, und ein Übergang von der einen zur andern ist nicht ohne weiteres, sondern nur dann erfolgreich zulässig, wenn die eine und die andere begründet ist (vgl. über die Umwandlung der Feststellungsklage in die Leistungsklage und die Änderung der Leistungsklage in eine Feststellungsklage Rocholl, Rechtsfälle Bd. 2 S. 160, 161, nach den Reichsgerichtsentscheidungen in Bd. 23, 349, 420; J. W. 96, 270[5] ist der Übergang von der Feststellungsklage zur Leistungsklage und umgekehrt zulässig). Die Feststellungsklage ist durchaus nicht das Minus gegenüber der Klage auf Erfüllung[1]) (Wach, Feststellungsanspruch, S. 43), sie ist auch durchaus nicht bei Zulässigkeit der Leistungsklage ausgeschlossen,[2]) nein, beide Klagen sind

---

Petersen, Seuffert, Struckmann Koch, Wilm. Levy zu § 256 u. a. m., während das Feststellungsinteresse von Fittnig, Lehrbuch §§ 54, 55, Planck, Lehrbuch II S. 17 fg., und einigen andern zur Prozessvoraussetzung gestempelt wird. Die Frage ist praktisch nicht unwichtig. Von ihrer Entscheidung ist es beispielsweise abhängig, ob das, eine Feststellungsklage wegen mangelnden Interesses abweisende Urteil, Sachurteil und demnach der materiellen Rechtskraft fähig ist.

[1]) Nach Leonhard (Zeitschrift f. d. C. Pr. XV S. 347) ist die Feststellungsklage ein Entwaffnungskrieg, der den späteren gerechten Eroberungskrieg vorbereiten, vielleicht sogar überflüssig machen will.

[2]) Eine verbreitete Ansicht (Rocholl, Rechtsfälle II S. 168 fg., Dernburg, Pandekten I § 134, Schmidt a. a. O. S. 696, Kohler, Forschungen S. 66 fg., Kommentare von Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Neukamp zu § 256 u. a. m., dagegen namentlich Wach, Feststellungsanspruch S. 63 fg., Bähr, Urteile S. 167, Langheineken a. a. O. S. 107, Hellwig a. a. O. S. 436) hält die positiven Feststellungsklagen durch die Möglichkeit sofortiger Klagen auf Verurteilung für ausgeschlossen. Der Hauptgrund ist die Auffassung des Interesses an alsbaldiger Feststellung

grundverschieden, verfolgen verschiedene Zwecke und sind an verschiedene selbständige Voraussetzungen geknüpft. Hier Nichterfüllung oder voraussichtliche Nichterfüllung der Leistungspflicht (wenigstens in der Regel), dort Rechtsunsicherheit. Bei der Feststellungsklage braucht daher keine Rücksicht darauf genommen zu werden, ob eine Forderung fällig ist oder nicht.[1]) Da die richterliche Feststellung eines Rechtsverhältnisses beantragt wird, so kann sie zu jeder Zeit erhoben werden, sofern nur der Kläger ein rechtliches Interesse an der Feststellung nachweist. Ist dagegen eine Verurteilungsklage erhoben, und ist der Klagegegenstand nicht ein gegenwärtiger klagbarer Anspruch, so hat (in der Regel) Abweisung der Klage zu erfolgen; denn es ist nicht ein befriedigungsbedürftiges Recht vorhanden. Der Zweck der Leistungsklage ist, die Erfüllung des klägerischen Anspruchs herbeizuführen, während die Feststellungsklage lediglich die rechtskräftige Fixierung bestimmter rechtlicher

---

als Interesse an anticipierter Feststellung, eine Auffassung, die nur möglich ist, wenn man die Leistungsklage als die normale Klage, die Klage auf Feststellung aber als ein exceptionelles Rechtsmittel ansieht. Ein weiterer Grund ist die unhaltbare Aufstellung, dass der Kläger den Streitstoff nicht in mehrere Prozesse zerlegen dürfe. Es ist nicht einzusehen, weshalb nicht gleichzeitig ein Tatbestand, der die Verurteilungsklage und ein Tatbestand, der die entsprechende positive Feststellungsklage begründet, vorliegen könnten und weshalb dann das objektiv begründete Feststellungsinteresse bedeutungslos sein sollte. Weder der Staat noch der Schuldner können ein Interesse daran haben, dass der Gläubiger alsbald die Verurteilung herbeiführe (was er übrigens auch in der Regel tun wird). Der Schuldner mag den Kläger befriedigen, dann vermeidet er die Behelligung mit einer späteren Leistungsklage. Die Judikatur, namentlich die des Reichsgerichts, neigt in neuern Entscheidungen der richtigen Ansicht zu — vgl. R. G. 21 S. 382—388, 23 S. 232, 30 N. 34, in Gruchot 33, 1148, in J. W. 1891 553 N. 8, 1893, 155 N. 2 1898 659 N. 11, Sf. 50 N. 74, 40 N. 87 gegenüber R. G. 4 S. 437, 13 S. 435, Sf. 35 N. 175 (vgl. Hellwig a. a. O. S. 436).

[1]) Die Bestimmung des Entwurfs einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für die Preussischen Staaten vom Jahre 1864, dass die Feststellungsklage auch bei noch nicht fälligen oder bei bedingten Forderungen stattfinde, ist als selbstverständlich nicht aufgenommen, ja die Feststellungsklage wird sogar bei Fälligkeit der Forderung in der Regel wenig Beifall finden.

Beziehungen der Parteien ohne Rücksicht auf die daraus herzuleitenden Folgen bezweckt (Levy in Gruchot's Beitr. Bd. 35 S. 168). Deshalb begründet das Feststellungsurteil nach richtiger und durchaus herrschender Ansicht auch keinen Vollstreckungsanspruch[1]) — natürlich abgesehen von der Entscheidung über die Kosten — es geht dem Klageantrage gemäss auf endgültige richterliche Feststellung der Wirklichkeit oder Nichtwirklichkeit eines konkreten Rechtszustandes oder Rechtsvorganges, hat also nur einen deklaratorischen Inhalt[2]) (Langheineken, a. a. O. S. 141).

Worin das eigentlich unterscheidende Merkmal der Leistungs- und Feststellungsklage zu finden ist, darüber herrscht grosser Streit. Die einen sehen es in dem Klagegegenstand, andere in dem Rechtsschutzzweck, andere in dem Rechtsschutzgrund, andere in der Art der tatsächlich sich ergebenden Urteilswirkungen, noch andere in mehreren von diesen. (Näheres bei Langheineken a. a. O. S. 86). Wir brauchen indessen nicht näher auf die Frage einzugehen; denn darüber, was für uns hier von hohem Werte

---

[1]) So Fittnig (Lehrb. § 54), Planck (Lehrb. II S. 665), Kroll (Klage und Einrede S. 61), Dernburg (Pandekten I § 134), Oetker (Grundbegriffe S. 576), Rocholl (Rechtsfälle II S. 138), Kommentare von Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Seuffert zu § 256 u. a., R. G. 14, 416; 16, 421; 25, 378, Sf. Arch. 39 N. 67, 48 N. 210. Demgegenüber wollen Schmidt (Lehrb. S. 687), Degenkolb (a. a. O. S. 171), Kohler (Forschungen S. 64), Wach (Feststellungsanspruch S. 36) und Petersen (Kommentar zu § 256), die Vollstreckbarkeit von Feststellungsurteilen nicht schlechthin ausgeschlossen wissen. Allerdings kommt hierbei in Betracht, dass diese Autoren meist Klagen im Auge haben, die in Wirklichkeit nicht Feststellungsklagen, sondern Verurteilungsklagen sind.

Die Ansicht, dass ein Feststellungsurteil, sofern es einen Anspruch feststellt, beim Eintritt der Befriedigungsbedürftigkeit des Anspruchs zum Vollstreckungstitel werde, ist unvereinbar mit der Aufnahme der §§ 257 bis 259 in die C. P. O. Denn wäre diese Ansicht zutreffend, so wären die genannten Paragraphen überflüssig und unbeachtlich, weil die engen Grenzen, in denen sie die Klagen vor Fälligkeit mit der Wirkung vollstreckbarer Urteile zulassen, schlechterdings keinen Sinn mehr hätten, wenn die gleiche Wirkung auch ausserhalb dieser Grenzen auf dem Wege des § 256 zu erreichen wäre.

[2]) Unverkennbar wird das Feststellungsurteil, dessen einzige rechtliche Folge in seiner Rechtskraft beruht, für den Sieger auch noch weitere

ist, herrscht kaum Meinungsverschiedenheit. Darin besteht Übereinstimmung, dass der Unterschied nicht, wie Bähr meint, in dem Namen liege, sondern vielmehr so recht eigentlich in dem Wesen der Klagen. Überall da, wo materielle Folgen eines Rechtsverhältnisses geltend gemacht werden, welche erst durch richterlichen Ausspruch festgesetzt und nötigenfalls durch Zwangsvollstreckung erzwungen werden müssen, kann von dem Vorliegen einer Klage auf Feststellung nicht die Rede sein, sondern es handelt sich da um eine Verurteilungsklage. Es erscheint durchaus nicht erlaubt, dem rechtlichen Interesse, welches die Feststellungsklage zur Voraussetzung hat, ein anderes Interesse, nämlich das Interesse an der alsbaldigen Verurteilung des Beklagten zu einer künftig fällig werdenden Leistung zu substituieren. Ein solches Interesse kann weder eine Feststellungsklage noch eine Erfüllungsklage begründen. Allerdings ist Bähr in der Lage, für seine Ansicht einzelne Erkenntnisse der gemeinrechtlichen Praxis anzuführen:

Das Reichs-Oberlandesgericht hat eine Klage auf Anerkennung der Verpflichtung zur Zahlung einer Gesamtsumme in Jahresraten von bestimmtem Betrage zugelassen, weil ein gegenwärtiges rechtliches Interesse des Klägers an der Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zur Zahlung gegeben sei, das darin bestehe, dass der Kläger sonst genötigt wäre, jede einzelne Rate nach Verfall besonders einzuklagen (R. O. H. G. Bd. 18 N. 15 S. 60). Das Obertribunal zu Berlin hat eine Verurteilung zur Zahlung ausgesprochen, weil eine Klage, welche die Feststellung erst zu-

---

(tatsächliche) Vorteile haben. Möglicher Weise wird ein künftiger Leistungsstreit ganz vermieden, weil der zur Anerkennung eines absoluten Rechtsverhältnisses Verurteilte infolge der Verurteilung sich vor realer Verletzung hütet, oder weil der obligatorisch Verpflichtete infolge des Feststellungsurteils leistet, ohne einen zweiten Prozess abzuwarten. Möglicher Weise wird die allgemeine Vermögenslage des Siegers durch die rechtskräftige Feststellung des Rechtsverhältnisses verbessert, indem er mit grösserer Sicherheit vor künftiger Gewährleistung die fragliche Sache veräussern kann, oder indem er erst nach erlangter Fixierung des Rechtsverhältnisses seine sonstige Handlungsweise ohne Gefahr wesentlicher Verluste zu bestimmen vermag.

künftig entstehender, jedenfalls erst zukünftig fällig werdender, aus einem Kaufvertrage bereits entstandener Verbindlichkeiten bezwecke, zulässig sei, sobald der Kläger bei der Feststellung ein rechtliches Interesse habe (Sf. Arch. 33 N. 78).

Das sind aber nur ganz vereinzelt dastehende Entscheidungen, denen eine grosse Anzahl anders lautender Erkenntnisse gegenüber gestellt werden können.

So hat z. B. das Reichs-Oberhandelsgericht in einer Entscheidung folgendes ausgeführt: „Nach der herrschenden Meinung muss die Statthaftigkeit einer Präjudizialklage auf Anerkennung der Geltung und des Umfanges eines obligatorischen Rechtsverhältnisses im Gegensatz zum Bestehen einer fälligen Leistung bei nachgewiesenem rechtlichen Interesse anerkannt werden". (R. O. H. G. Bd. 17 N. 35 S. 148.)

Bähr befindet sich aber auch in Widerspruch mit der herrschenden Lehre. Die durchaus überwiegende Ansicht hat sich stets dahin ausgesprochen, dass aus einem Feststellungsurteil niemals eine Zwangsvollstreckung möglich sei, dass dasselbe niemals auf eine Leistung gehen könne, dass nur Leistungsurteile vollstreckbar seien, diesen aber grundsätzlich nur nach Eintritt der Fälligkeit der Leistung stattgegeben werde.

„Der Judikatsanspruch entspringt natürlich nur aus einer wahren Verurteilung. Die Anerkennungsklagen finden schon in der Bejahung des Rechtsverhältnisses (der Klagebitte) ihren vollständigen Abschluss; es muss daher von neuem auf Kondemnation geklagt werden, damit der anerkannte Anspruch exekutionsfähig werde"[1]) (Unger, System Bd. II § 133 Anm. 24).

---

[1]) Das formell rechtskräftige, d. h. durch Rechtsmittel oder Einspruch nicht oder nicht mehr anfechtbare Urteil äussert seine Wirkung darin, dass der Richter in einem eventuell 2. Prozess an die Entscheidung über den Klageanspruch gebunden ist, die in dem Urteil enthalten ist. Während sich nun aber das Feststellungsurteil in dieser seiner Rechtskraftwirkung erschöpft, hat das kondemnatorische Urteil noch eine mittelbare Wirkung, die in der zwangsweisen Realisierbarkeit des Urteilsbefehls besteht für den Fall, dass der Beklagte demselben nicht freiwillig nachkommt.

Wenn nun Bähr weiterhin meint, diese Feststellungsklage habe durch die Bestimmungen der deutschen C. P. O. eine Erweiterung erfahren, so wird man ihm hierin wohl kaum zustimmen dürfen. Vielmehr ist das Gegenteil der Fall, wie sich denn auch seit dem Inkrafttreten der C. P. O. keine Entscheidung mehr findet, die für die Ansicht Bähr's verwertet werden könnte.

Mag die Regelung der Frage, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfange mit einem subjektiven Privatrecht ein Klagerecht auf Verurteilung oder Feststellung verknüpft ist, dem materiellen oder formellen Recht angehören, das ist jedenfalls wohl zu beachten, dass die C. P. O. es darauf abgesehen hatte, die in den gemeinrechtlichen Präjudizialklagen wie in den bereits partikularrechtlich zugelassenen Klagen auf Anerkennung, auf Feststellung von Rechtsverhältnissen liegenden Ansätze im grossen für das ganze Deutschland zu entwickeln, dass es ihr darauf ankam, die in der Praxis herrschende Unsicherheit zu beseitigen und Rechtseinheit herbeizuführeu (Motive zu 223 S. 183).

Die C. P. O. hat die Feststellungsklage vollständig und einheitlich geregelt, sowohl in ihren Voraussetzungen wie in ihren Wirkungen, so dass daneben eine anders geartete Feststellungsklage nicht möglich erscheint. Nach § 256 ist die Feststellungsklage gerichtet auf Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses. Anders kann demnach auch das Urteil nicht lauten. Nichts deutet darauf hin, dass die C. P. O. eine Verurteilung zu einer künftigen Leistung gestatten wolle, wenn der Kläger ein besonderes Interesse nachweise. Die Feststellungsklage erfordert zu ihrer Begründung den Nachweis eines rechtlichen Interesses an der alsbaldigen Feststellung. Sicherlich sind die Voraussetzungen der Feststellungsklage nicht gegeben, wenn nur ein rechtliches Interesse an der Verurteilung besteht und nachgewiesen wird.

Dass die von Bähr konstruierte Feststellungsklage nicht zulässig ist, finden wir bestätigt durch die Motive zu § 223 des Entwurfs einer deutschen Civilprozessordnung.

Dort heisst es: In vielen Fällen ist ein dringendes, ja unabweisbares Bedürfnis, den Bestand eines Rechtsverhältnisses, bevor noch die materiellen Folgen desselben in Anspruch genommen werden, festzustellen; ferner dadurch, dass der Abgeordnete Gaupp, ohne Widerspruch zu erfahren, bei der Beratung des Entwurfs sagen konnte, die auf die Anerkennungsklagen ergehenden Urteile seien, als der Kondemnation ermangelnd, nicht exekutionsfähig (Protokolle der Reichs-Justizkommission zur C. P. O. S. 78).

Die Ansicht Bähr's wäre also zu verwerfen. Weder vor noch nach Einführung der C. P. O. hat das gemeine Recht nach den Grundsätzen der Feststellungsklage, bei Nachweis eines rechtlichen Interesses, eine Verurteilung zu noch nicht fälligen Leistungen zugelassen, so dass sich die von Bähr in seinem oben erwähnten Buche angeführten und von ihm bekämpften Reichsgerichtsentscheidungen vollständig im Einklang mit der herrschenden und richtigen Ansicht in Theorie und Praxis befinden, wenn sie sagen, dass mit der Feststellungsklage sachliche Ansprüche aus dem Rechtsverhältnis, dessen Feststellung begehrt wird, unter keinen Umständen geltend gemacht werden können.

2. Ist den §§ 708 N. 6, 726 und 751 C. P. O. irgend welche Bedeutung in Bezug auf unsre Frage zuzuschreiben?

Noch in ganz andrer Weise hat man einen weitgehenden Einfluss der Civilprozessordnung auf den zur Zeit ihres Inkrafttretens geltenden Rechtszustand bemerken und nachweisen wollen. Die Civilprozessordnung bestimmt in § 708 N. 6, dass von Amtswegen für vorläufig vollstreckbar zu erklären sind Urteile, welche die Verpflichtung zur Entrichtung von Alimenten aussprechen, soweit die Alimente für die Zeit nach Erhebung der Klage zu entrichten sind. Nach § 726 C. P. O. darf von Urteilen, deren Vollststreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer andern Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche Urkunden geführt wird. In § 751

C. P. O. heisst es, dass, wenn die Geltendmachung des Anspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig ist, die Zwangsvollstreckung nur beginnen darf, wenn der Kalendertag abgelaufen ist.

Unter Berufung auf diese Vorschriften haben nun einige Schriftsteller wie beispielsweise Stölzel (Schulung für die civilistische Praxis und Planck (Lehrbuch des deutschen Civilprozessrechts die Ansicht aufgestellt, dass seit Geltung der C. P. O. eine Klage auf Erfüllung vor der Verfallzeit ganz unbeschränkt, selbst ohne Nachweis eines rechtlichen Interesses auf verfrühte Einklagung, zulässig sei.

„Die Vorschriften der §§ 708 N. 6, 726 und 751 C. P. O. hätten keinen Sinn, wenn die C. P. O. nicht Erkenntnisse zulassen wollte, bei denen die Zwangsvollstreckung von einem Kalendertage abhängig ist. Sie kennt also auch Verurteilungen zur Zahlung an einem künftigen Termine.“ (Stölzel, a. a. O. S. 152.) „Wird gegenüber einer Klage die Befristung der geforderten Zahlung festgestellt, so ist es zulässig, dass der Richter, wenn die Frist zur Zeit der Urteilsfällung noch nicht voll abgelaufen ist, dahin erkennt, der Bekagte sei schuldig, nach dem Fristablaufe zu zahlen“ (Stölzel, a. a. O. S. 158 V).

Oder, wie Planck sich ausdrückt:

„Die Möglichkeit, dass auch bei erst drohenden Rechtsverletzungen (vgl. zu diesem von Plank hier, wo es sich vor allem um Obligationen handelt, völlig falsch verwandtem Begriff oben S. 10 fg.) ein praktisches Bedürfnis für eine alsbaldige Entscheidung vorliegen könne, erkennt die C. P. O. dadurch an, dass sie Verurteilungen zu künftigen Leistungen kennt“ (a. a. O. Bd. II § 86 c S. 9). „Wird der Zeit nach zu viel, also zu früh, gefordert, so wird der Beklagte erst zu der Zeit zu leisten verurteilt, zu der er zu leisten schuldig ist“ (a. a. O. Bd. II S. 286).

Demgegenüber betont die herrschende Lehre mit Recht, dass diese angeführten Vorschriften der C. P. O. durchaus nicht dazu berechtigen, eine solch' einschneidende Änderung in dem bestehenden Rechtszustande durch die C. P. O. anzunehmen. Die zur Zeit der Entstehung und Einführung

der C. P. O. fast allein herrschende Lehre stand auf dem Boden der privatrechtlichen Klagbarkeit (vgl. oben S. 5, 10), als deren entschiedenster Vertreter Eccius (in Gruchot's Beitr. Bd. 24 S. 781) sagt: Ob ein Anspruch schon vor der Fälligkeit klagbar und wieweit es also zulässig sei, durch Richterspruch eine Verurteilung zur Leistung nach dem künftigen Eintritt eines Zeitmoments (§ 751) oder nach dem Eintritt einer Tatsache (§ 726) auszusprechen, sei vom materiellen Recht zu begrenzen (vgl. auch Förster-Eccius a. a. O. Bd. I § 50, Wach, Handbuch I S. 122 und neuestens nach Hölder, Z. f. d. C. Pr. Bd. 29 S. 51, 57, dagegen besonders Hellwig a. a. O. S. 124 fg., Stein a. a. O. S. 29).

Es darf als sicher gelten, dass an diesem Grundsatz des früheren Rechts die Civilprozessordnung nichts hat ändern wollen, deren Motive (zu § 223 S. 183) bekanntlich sogar die Feststellungsklage als ein Institut des Privatrechts angesehen haben. Auch bei ihrer Abfassung ist die Anschauung von der Klagbarkeit des Anspruchs als einer privatrechtlichen Eigenschaft desselben zu Grunde gelegt (Hellwig, a. a. O. S. 122). Sie überlässt auch weiterhin die Frage, in welchen Fällen ausnahmsweise wegen nicht fälliger Leistungen auf Verurteilung geklagt werden kann, der Regelung durch das bürgerliche, materielle Recht. Die §§ 726, 751 geben nur für solche Fälle, in denen das bürgerliche Recht eine Verurteilung zu künftigen Leistungen gestattet, nähere Bestimmungen über die Voraussetzungen, unter denen die Zwangsvollstreckung aus dem ergangenen Urteil zulässig ist. Die erwähnten Vorschriften sind lediglich prozessualer Natur. Nirgends lässt die Civilprozessordnung erkennen, dass sie auf diese Weise eine so wichtige Neuerung habe treffen wollen, im Gegenteil, man kann sogar aus der C. P. O. entnehmen, dass sie regelmässig für die erfolgreiche Erhebung einer Leistungsklage Fälligkeit des Anspruchs fordert. Welche verschwindende Bedeutung hätten die Feststellungsklagen, wenn eine Verurteilungsklage ohne Rücksicht auf Fälligkeit der Leistung angestrengt werden könnte. Es würde doch niemand daran denken, zunächst vor Fälligkeit der Leistung auf Feststellung und

demnächst nach Eintritt der Fälligkeit auf Erfüllung zu klagen, wenn er mit der ihm vor Fälligkeit unbeschränkt zustehenden Leistungsklage ein Urteil erwirken könnte, auf Grund dessen er die eingeklagte Leistung sofort bei Eintritt der Fälligkeit im Wege der Zwangsvollstreckung erzwingen kann. Man würde die Feststellungsklage zu einem rein prozessualen Gebilde herabwürdigen, liesse man die Leistungsklage ohne Rücksicht auf Fälligkeit der Leistung bedingungslos zu.[1])

Auch die Motive zur C. P. O. sprechen sich dahin aus, dass eine Erfüllungsklage vor Fälligkeit der Leistung untunlich sei, indem sie zu § 322 des Entwurfs eine Rechtsverletzung (vgl. oben S. 10) als unentbehrliches Erfordernis der Klagebegründung hinstellen (Hahn, Materialien, S. 255), und indem sie zu §§ 285, 288, 290—292 des Entwurfs eine Abweisung der Klage „für jetzt" zulassen (Hahn, a. a. O. 296), und damit direkt aussprechen, dass in der Regel nur fällige Leistungen im Wege der Klage verfolgt werden können. Bestätigt finden wir unsre Ansicht durch die Motive zum Gesetz betr. Änderungen der C. P. O. Diese begründen die durch die Novelle neu eingeschalteten §§ 257 bis 259 folgendermassen:

„Die C. P. O. enthält gegenwärtig keine Bestimmungen darüber, in wie weit wegen künftiger Leistungen nicht bloss auf Feststellung, sondern auf Verurteilung geklagt werden kann. Sie beschränkt sich vielmehr darauf, für solche Fälle, in denen das bürgerliche Recht eine Verurteilung zu künftigen Leistungen gestattet, die Voraussetzungen zu regeln, unter denen aus einem solchen Urteil die Zwangsvollstreck-

[1]) Förster (Zeitschr. f. d. C. Pr. Bd. VIII S. 148) sieht eine fernere Andeutung dafür, dass der Gesetzgeber Fälligkeit als eine allgemeine Vorbedingung des Klagerechts angesehen hat, in § 691 C. P. O. enthalten, nach dem das Gesuch um Erlass eines Zahlungsbefehls zurückzuweisen ist, wenn der Anspruch überhaupt oder zur Zeit nicht begründet ist. Er versteht diese Bestimmung so, dass auch dann, wenn sonst nach bürgerlichem Recht Fälligkeit ausnahmsweise nicht erfordert ist, sie im Mahnverfahren doch stets nötig ist, während Herbst (in Gruchot's Beitr. Bd. 26 S. 370) diese Vorschrift dahin auffasst, dass im Mahnverfahren „ausnahmsweise" Fälligkeit zur Begründung des Anspruchs erforderlich sei. Die

ung zulässig ist. Die geltenden Gesetze haben im allgemeinen die Regel festgehalten, dass die Verurteilung zu einer Leistung erst dann erfolgen darf, wenn die Fälligkeit eingetreten ist."

Und so hat auch das Reichsgericht ausgesprochen, dass eine vor der Verfallzeit auf Zahlung erhobene Klage als verfrüht zurückzuweisen sei (R. G. Bd. 7 S. 398).

V. Endergebnis für das gemeine Recht.

Fassen wir nun das Gesagte kurz zusammen, so kommen wir zu dem Ergebnis, dass die C. P. O. auf die Frage, ob Forderungen vor der Fälligkeit eingeklagt werden können, keinen Einfluss ausgeübt hat, dass sie jedenfalls eine Einklagung derselben nicht in weiterm Umfange zugelassen hat, als das materielle Recht sie gestattete. Es ist vielmehr bei dem Rechtszustande geblieben, der vor dem Inkrafttreten der C. P. O. bestand. Dieser war aber, wie gesagt (oben S. 19), folgender:

Abgesehen von den Verurteilungen zur Leistung Zug um Zug kann der Beklagte in der Regel nur dann verurteilt werden, wenn der Anspruch gegen ihn zur Zeit der Klageerhebung oder wenigstens zu der Zeit begründet ist, wo das Urteil erlassen wird. Eine Ausnahme greift nur Platz bei wiederkehrenden Leistungen, insofern hier eine Verurteilung auch zu noch nicht fälligen Leistungen erfolgen kann, wenn nur eine Leistung bereits fällig ist.

---

verschiedene Auffassung und Ausbeutung des § 691 zeigt zur Genüge, dass dieser Paragraph, da er eine spezielle Bestimmung enthält, weder als Argument noch als Gegenargument verwertbar ist. Ferner kann man Förster nicht folgen, wenn er die Bestimmung des § 916 II C. P. O., dass die Zulässigkeit des Arrestes dadurch nicht ausgeschlossen werde, dass der Anspruch ein betagter sei, für überflüssig erklärt, wenn eine Verurteilung auch zu nicht fälligen Leistungen stattfinden könnte; denn der Arrest ist schon ein Vollstreckungsakt. Dass ein Arrest trotz Befristung des Anspruchs zulässig sein soll, müsste auch dann, wenn eine Verurteilung zu nicht fälligen Leistungen allgemein erfolgen könnte, noch gesagt werden.

VI. Welche Änderung hat die Novelle vom 17. Mai 1898, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1900 herbeigeführt?

1. Allgemeines.

Um dem Kläger die Möglichkeit zu geben, ein Urteil zu erwirken, welches als solches mit dem Eintritt des in Frage stehenden Zeitpunktes die Zwangsvollstreckung gestattet, um eine fortdauernde Wiederholung von Rechtsstreitigkeiten, welche den gleichen Gegenstand betreffen, vorzubeugen und um endlich dem Gläubiger möglichst Sicherheit zu verschaffen, wenn die Besorgnis den Umständen nach gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, sind durch die Novelle vom 17. Mai 1898, mit Gesetzeskraft vom 1. Januar 1900 die §§ 257, 258 und 259 C. P. O. eingeschaltet.

Diese Bestimmungen hatten mit Ausnahme der des § 259, der später erst hinzugefügt ist, ihre ursprüngliche Stellung im 1. Entwurf des B. G. B. und zwar im 9. Abschnitt als § 190 Abs. 2 und 3.[1]) Sie sind in die C. P. O. übernommen, weil sie „in ähnlicher Weise wie die Zulassung der Feststellungsklage eine Ausnahme von dem Grundsatze enthalten, dass zur Zeit der Erlassung des Urteils die Fälligkeit des Anspruchs, wegen dessen die Verurteilung erfolgt, eingetreten sein müsse“ (Kom. Prot. Bd. I S. 245). Dies

[1]) Der § 190 stellte im 1. Absatz den Grundsatz auf, dass die Verurteilung zu einer Leistung nur zulässig ist, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist. Im 2. und 3. Abs. wurden von diesem Grundsatze Ausnahmen gemacht für wiederkehrende Leistungen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen und für gewisse Fälle, in denen eine Geldforderung erst nach dem Ablauf einer bestimmten Frist nach der Kündigung fällig wird. (Mot. I S. 364—367, Pr. I S. 420—424, 442, 6172—6173). Von der 2. Kommission wurde der 1. Abs. für selbstverständlich gehalten und daher gestrichen, die Ausnahmen der Abs. 2 und 3 erachtete man für nicht weit genug gehend und es wurde die Fassung der §§ 257, 258 beschlossen (P. II S. 487—489, 9277—9281).

klingt zwar an eine prozessuale Auffassung an, doch ist damit die prozessrechtliche Natur der Klagbarkeit nicht anerkannt. Die Verfasser des B. G. B. stehen auf dem Boden der civilistischen Klagbarkeit; denn nicht nur wird die Fassung des Entwurfs, dass die „Verurteilung erfolgen dürfe“ in die romanistische geändert, dass „Klage auf Verurteilung erhoben“ und später, dass „geklagt werden könne“, sondern es wird auch bei dem entscheidenden Beschluss (Kom. Prot. Bd. 6 S. 657) das materielle Klagerecht als eine „durch die Hilfe des Staates zu realisierende Macht des Privatwillens“ charakterisiert und als seine Voraussetzung bezeichnet, dass gegenwärtig von dem Beklagten etwas gefordert werden könne, das gegen ihn actio nata sei und dafür wird auf Förster-Eccius, einen der entschiedensten Vertreter der privatrechtlichen Klagbarkeit (a. a O. I § 50) Bezug genommen. (Stein, a. a. O. S. 29). Auch die Motive zu § 223 des 3. Entwurfs zur deutschen C. P. O. sagen, dass es eigentlich Sache des materiellen Rechts sei, die Voraussetzungen zu regeln, unter denen überhaupt eine Klage erhoben werden könne, indessen erklären sie es für zweckmässig, ausnahmsweise materiell rechtliche Vorschriften in das Prozessgesetz aufzunehmen.

Die Klagen der §§ 257—259 C. P. O. sind Leistungsklagen (vgl. unten S. 31 fg., 60 fg.). Sie können, da eine Beschränkung auf das ordentliche Verfahren nicht statuiert ist, sowohl im ordentlichen wie im Urkunden- und Wechselprozess erhoben werden (vgl. O. L. G. Hamburg, Sf. Arch. 58 N. 151) — teilweise abweichend Stern (Z. f. d. C. Pr. Bd. 32 S. 238), der die Ansicht vertritt, die Klage auf künftige Leistung könne im Urkundenprozess nur erhoben werden, wenn vorherige Kündigung durch Urkunde nachgewiesen werde. Auch das Mahnverfahren ist zulässig, wenn auf künftige Leistung geklagt werden kann, und die Voraussetzungen des Mahnverfahrens gegeben sind. (Hellwig a. a. O. S. 369 III, Seuffert a. a. O. § 257, a. A. Busch in Juristenzeitung 1902 S. 307), Freudenthal, die C. P. O. zu § 257.

2. Klage nach § 258 C. P. O.

Die Ausnahme, die die Rechtsprechung des gemeinen Rechts von der Regel, dass nur fällige Ansprüche durch Leistungsklage verfolgt und durch Urteil zur Entscheidung gebracht werden können, zu Gunsten wiederkehrender Leistungen zuliess, hat durch die Novelle vom 17. Mai 1898 gesetzliche Anerkennung gefunden.

Mit der Begründung, einer fortdauernden Wiederholung von Rechtsstreitigkeiten, die den gleichen Gegenstand betreffen, vorzubeugen und die Gefahr widersprechender Urteile abzuwenden, ist der § 258 eingeführt, welcher folgendermassen lautet:

„Bei wiederkehrenden Leistungen kann auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben werden."

Wiederkehrende Leistungen sind diejenigen unter sich gleichartigen Leistungen, die auf Grund „eines" Rechtsverhältnisses in gewissen Zeitabständen zu entrichten sind. (Seuffert, a. a. O. zu § 258.)

In Betracht kommen insbesondere Ansprüche auf Unterstützung nach § 520 B. G., auf Leibrente nach §§ 759, 760 B. G. B., auf Geldrente nach § 843—845, 912 II, 913, 917 II B. G. B., Ansprüche aus Reallasten und Rentenschulden §§ 1105, 1199 B. G. B., Ansprüche auf Gewährung von Unterhalt, Ansprüche auf Miet- und Pachtzinsen, auf Zinsen aus Darlehn, Hypotheken oder Grundschulden.

Die Leistungen, mögen es Geld- oder andere Leistungen sein, können in gleichmässigen oder ungleichmässigen Zwischenräumen zu entrichten sein, sie können gleich oder nur annähernd gleich sein. Mit Unrecht verlangt das Reichsgericht (Entsch. v. 11. XII. 99 in Jurist. Wochenschrift 1900, 48) völlige Gleichheit der Leistungen. Soll beispielsweise bei Eintritt gewisser Umstände, bei nicht pünktlicher Zinszahlung (wie es in der Regel in Schuldverschreibungen aufgenommen wird) oder aus andern Gründen nach Vereinbarung ein andrer höherer Zinsfuss Platz greifen, so können die Zinsen einmal höher sein als für gewöhnlich.

Trotzdem wird niemand Anstand nehmen, dieserhalb nicht von wiederkehrenden Leistungen zu sprechen. Indessen gehören nur betagte, nicht die in ihrer Entstehung bedingten Leistungen hieher. Voraussetzung der Anwendbarkeit des § 258 ist, dass der Anspruch als Ganzes bereits entstanden ist, dass die Entstehungstatsachen, soweit sie nicht in der Fortdauer des Lebens etc. bestehen, schon zur Zeit der Verurteilung vorliegen. Der wohlhabende Vater kann nicht die Verurteilung des Sohnes für den Fall verlangen, dass er einmal verarmt. Dagegen ist es unerheblich, ob die Entstehung der einzelnen Teilforderungen, der Weiterlauf der Verpflichtung, von ungewissen Ereignissen abhängt. So werden die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche zweifellos nicht schon durch das Bestehen des Familienverhältnisses erzeugt, sondern erst durch das Fortbestehen der Bedürftigkeit (§ 1602 B. G. B.) und der Leistungsfähigkeit (§ 1603 B. G. B.). Auch bei einem auf 10 Jahre geschlossenen Pachtvertrage ist nicht ein auf 10 Jahre entstandener Pachtzinsanspruch vorhanden, sondern die einzelnen Ratenforderungen entstehen successive durch Fortgewährung des Gebrauchs. Trotzdem ist § 258 anzuwenden, wie sich schlagend aus § 323 C. P. O. ergibt; denn er setzt voraus, dass der Richter eine Verurteilung zu künftigen Leistungen eintreten lässt, und dabei diejenige Gestaltung der künftigen Verhältnisse zu Grunde legt, die er als die voraussichtlich eintretende betrachtet. Irrelevant ist es ferner für die Anwendbarkeit des § 258, ob der Wegfall der Leistungen an eine Bedingung geknüpft ist z. B. an den Tod des Unterhaltsberechtigten (§ 843 B. G. B.) oder an die Wiederverheiratung der geschiedenen Frau (§ 1581 B. G. B.).

In § 190 Entw. I B. G. B. war eine Verurteilung des Beklagten zu künftigen, fortdauernden Einzelleistungen nur für die Leistungen gestattet, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, wie beispielsweise bei der gesetzlichen Unterhaltspflicht; für die rechtsgeschäftlichen verweisen die Motive (Bd. I S. 366) auf die Ausstellung einer vollstreckbaren Urkunde. Diese Verweisung erschien indessen in 2. Lesung (Protokolle S. 488 fg.) als unzureichend. Daher ist durch

die Neuordnung der C. P. O. die Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen ohne Rücksicht auf den Rechtsgrund der fraglichen Ansprüche zugelassen.

Zweifelhaft ist, ob die Klage auf die nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen nur dann zulässig ist, wenn wenigstens eine Leistung bei Erlassung des Urteils fällig ist, oder ob sie selbst dann zulässsig ist, wenn alle eingeklagten Leistungen erst nach Erlassung des Urteils fällig werden. So sind z. B. Struckmann-Koch (Kommentar § 258) und Gaupp-Stein (Kommentar § 258, vgl. besonders Stein, a. a. O. S. 50 fg.) der Ansicht, dass eine Klage lediglich auf künftig fällig werdende Beträge ohne Verbindung mit wenigstens einem bereits fälligen Betrage erhoben werden könnte, während Gmelin (Vollstreckbarkeit, S. 104), Hellwig (a. a. O. S. 370 fg.), Freudenthal (Kommentar § 258), Langheineken (a. a. O. S. 216), Seuffert (a. a. O. § 258), Petersen-Anger (Kommentar § 258 und O. L. G. Kiel (Sf. Arch. 58 N. 171) sich für die Beschränkung des Klagerechts im Sinne der 2. Ansicht aussprechen. Für die letztere Ansicht spricht vor allem das Wörtchen „auch“ in dem Paragraphen. Man legt dem Worte durchaus keine „zu weitgehende Bedeutung“ bei, wenn man darauf grosses Gewicht legt; denn unsre Gesetze, zumal die neueren, sind in der Regel so knapp und präzise gefasst, dass jedes Wort seine Bedeutung hat, keines überflüssig und der Beachtung unwert ist. Ebenso wenig erklärt sich das „auch“ genügend daraus, dass in § 258 eine Erweiterung der sonst nur für fällige Ansprüche bestimmten Leistungsklage gewährt wird. Stein (a. a. O. S. 50) meint nämlich, das Wörtlein „auch“ sei nur durch ein Versehen im Gesetz stehen geblieben. Der jetzige § 258 sei im 1. Entwurf des B. G. B. als Abs. 2 des § 190 einem Abs. 1 gefolgt, der lautete: „Die Verurteilung zu einer Leistung ist nur zulässig, wenn die Fälligkeit bereits eingetreten ist.“ Wenn es dann weiter geheissen habe: „Bei wiederkehrenden Leistungen kann die Verurteilung auch . . .“, so könnte kein Zweifel obwalten, dass das „auch“ die Steigerung gegenüber Abs. 1 habe bedeuten, d. h. betonen sollen, dass hier etwas gestattet werde, was in

Abs. 1 verboten war. Als Abs. 1 gestrichen und Abs. 2 in die C. P. O. versetzt worden sei, hätte das jetzt bedeutungslos gewordene Wörtchen gestrichen werden sollen.

Ich glaube indessen nicht, dass man den Ausführungen Stein's ganz und gar folgen darf. In der Denkschrift zur Novelle (S. 103 fg.) heisst es: Entsprechend der Praxis des gemeinen und preussischen Rechts erklärt ferner der § 231b für statthaft, dass bei wiederkehrenden Leistungen auch wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung erhoben wird. Die Denkschrift fasst das „auch" nicht als Steigerung auf, sondern bringt es in Beziehung auf die gleichzeitige Verurteilung wegen einer fälligen Leistung[1]), und sie hält die Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen nur insoweit für statthaft, als sie schon bisher gestattet wurde. Nach bisherigem Recht konnte eine Verurteilung zu wiederkehrenden Leistungen für die Zukunft aber nur dann erfolgen (wie auch Stein anerkennt), wenn gleichzeitig die Verurteilung zu einer schon fälligen Einzelleistung erging. Stein sucht dann weiter an einem Beispiel nachzuweisen, dass das Ergebnis der hier vertretenen Ansicht praktisch unhaltbar sei.

Der Vater des unehelichen Kindes zahlt den Unterhalt nicht, ohne seine Pflicht zu bestreiten. Es wird auf Zahlung bis zum 16. Lebensjahr geklagt. Nunmehr zahlt er die schon fälligen Beträge.

Stein sagt hierzu, nach der hier vertretenen Ansicht müsste Kläger abgewiesen werden, weil er zu einer fälligen Leistung nicht verurteilt werden könne, sofern nicht ein Fall des § 259 vorliege. Dieses Spiel könne sich so oft wiederholen, bis der Richter aus der Nichtzahlung der frühern Raten die Besorgnis des § 259 für die künftigen ableite.

Es mag zugegeben werden, dass die Gegenmeinung die grössere praktische Bedeutung für sich hat, wenn auch

---

[1]) Das Wort „auch" soll andeuten, dass von den wiederkehrenden Leistungen wenigstens eine bis zum Urteil fällig geworden sein muss, damit die Klage „auch" auf die nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen erstreckt werden kann. R. d. O. L. G. V S 56.

ein Fall, wie ihn Stein hier ausgemalt hat, wenigstens in dieser Weise nie praktisch vorkommen wird, denn es wird sich jeder mit Rücksicht auf die dadurch entstehenden Kosten hüten, eine derartige Chikane zu treiben. In der Regel wird der Beklagte seine Pflicht bestreiten oder nicht zahlen können, und es wird zu seiner Verurteilung kommen. Der § 258 genügt deshalb auch in der Beschränkung, die ihm die herrschende Meinung gibt, vollkommen, ein praktisches Bedürfnis zu befriedigen, ohne dass dabei andrerseits das Interesse des Klägers als das allein massgebende allzusehr auf Kosten des Beklagten in den Vordergrund tritt (was bei der Gegenmeinung häufig der Fall sein wird.)

Im Sinne der Gegenmeinung hat kürzlich das Bayrische Oberste Landesgericht (Bl. f. Rechtsanwälte Bd. 67 S. 280 fg.) der Mutter eines getöteten unterhaltspflichtigen Sohnes, der zur Zeit seines Todes erst 14 Jahre alt war, einen Schadensersatzanspruch in Form einer Rente von der Zeit der voraussichtlichen Erwerbsfähigeit des Sohnes an zugesprochen.

Mir erscheint es ohne zwingenden Grund — und der besteht nicht — nicht angängig, sich über den ziemlich klaren Wortlaut des Gesetzes hinwegzusetzen. Wer den § 258 unbefangen liest, wird ihn jedenfalls so verstehen, dass wegen der erst nach Erlassung des Urteils fällig werdenden Leistungen Klage auf künftige Entrichtung nur in Verbindung mit einer bereits fälligen Einzelleistung erhoben werden kann.

Welcher Art ein solches Urteil ist, welches beispielsweise folgendermassen lautet: Beklagter wird verurteilt, die Mietzinsrate für das abgelaufene Vierteljahr sofort, die übrigen Raten zur Zeit der jedesmaligen Fälligkeit der Raten zu zahlen, ob es Leistungs- oder Feststellungsurteil ist — die Frage ist für die Zwangsvollstreckung von grosser Wichtigkeit, da das Feststellungsurteil nicht vollstreckbar ist — ist im gemeinen Recht sehr bestritten, und auch unter der Herrschaft des neuen Rechts ist noch keine vollständige Einigung erzielt, obschon die durch die Novelle von 1898 neu eingeführten gesetzlichen Bestimmungen zu

keinem Zweifel mehr Anlass geben können. Es herrscht nämlich darüber Meinungsverschiedenheit, ob eine Klage, deren Petitum auf Verurteilung zur Zahlung der verfallenen, wie auch der zur Zeit der Klageerhebung bezw. bis zur Beendigung des Prozesses noch nicht verfallenen Raten lautet, einfach eine Leistungsklage sei, oder, nur soweit es sich um fällige Raten handelt, eine Leistungsklage, soweit aber noch nicht fällige in Betracht kommen, eine Feststellungsklage sei, ob demgemäss das Urteil lediglich ein Leistungsurteil oder teils ein Leistungsurteil, teils ein Feststellungsurteil sei. Die erste Ansicht wird beispielsweise vertreten von Förster-Eccius (Preuss. Privatrecht Bd. I § 50 S. 257), Gaupp-Stein (Kommentar zu § 257) Oetker (Konkursrechtliche Grundbegriffe S. 578), Weismann (Feststellungsklage S. 130 fg.) und dem Reichsgericht (Bolze Bd. 8 N. 807, Sf. Arch. 52 N. 140). Die zweite Ansicht zählt zu ihren Vertretern unter andern Kohler (in Grünhut Bd. 14 S. 37), Wach (Feststellungsanspruch S. 38 und S. 60), Schmidt, Lehrbuch S. 688 Anm. 1). Trotzdem die letztere Ansicht, dass eine Klagenkumulation von Leistungs- und Feststellungsklage vorläge, seit der Änderung der C. P. O. durch die Novelle von 1898 unhaltbar geworden ist, hält Schmidt an der einmal von ihm vertretenen Lehre fest. Er sagt: „Die Novelle hebt gewisse Fälle heraus, die an sich echte Fälle der Feststellungsklage darstellen, um für sie den Beweis des Feststellungsinteresses teils für ganz überflüssig zu erklären, teils wenigstens durch Rechtsvermutungen zu erleichtern.“ (Änderungen S. 83.) Mit Recht sagt Stein (Gaupp-Stein a. a. O. § 257 Anm. 7) zu einem so zähen Festhalten an der einmal vorgetragenen Lehre: „Die theoretische Konstruktion hat sich zunächst auf den Boden des geltenden Rechts zu stellen. Steht ihr dieses entgegen, so hat sich eben die Theorie dem Gesetz anzupassen.“ Nirgends bietet die C. P. O einen Anhalt dafür, dass sie durch den § 258 eine derartige Feststellungsklage hat einführen wollen, bei der von dem Vorhandensein eines Feststellungsinteresses abgesehen werden könnte. Es wird auch gar nicht auf Feststellung des Bestehens eines Rechts-

verhältnisses geklagt, sondern auf Leistung, auf künftige Entrichtung. Damit wird zugleich das Rechtsverhältnis bezüglich der künftigen Leistungen festgestellt. Dieses kann aber doch nur einmal festgestellt werden, nicht für jede wiederkehrende Leistung von neuem. Dagegen kann wohl Verurteilung zu den einzelnen fällig werdenden Leistungen erfolgen. Würde sich doch auch die seltsame Erscheinung zeigen können, dass die Feststellungsklage im Laufe des Verfahrens sich in eine Leistungsklage verwandelte, und würde dies allein von dem rein zufälligen Ereignis abhängen, dass der Fälligkeitstag vor dem Erlass des Urteils einträte. Deshalb wird es wohl besser sein, die Klage auf künftige Entrichtung noch nicht fälliger Leistungen als das von vornherein gelten zu lassen, was sie in Wirklichkeit ist, als Leistungsklage. (Trutter in der Kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 42 S. 87.) Wollte man die Klage auf künftige Entrichtung als Feststellungsklage ansehen, so würden damit auch manche praktischen Unzuträglichkeiten verbunden sein. So würde nach der herrschenden und richtigen Ansicht (vgl. oben S. 32) keine Zwangsvollstreckung aus einem solchen Urteil möglich sein. Ferner würde überhaupt eine Feststellungsklage unstatthaft sein wegen mangelnder Voraussetzungen, wenn beispielsweise die Zahlung einer Rate unterblieb, weil der Schuldner nicht zahlen konnte, ohne aber das Bestehen seiner Verpflichtung im geringsten zu bestreiten. Und doch wird hier der Gläubiger in der Regel nicht weniger ein begründetes Interesse an der gleichzeitigen Verurteilung zur Zahlung der spätern Raten haben als sonst (Langheineken, Urteilsanspruch S. 218). Schmidt vermeidet allerdings diese praktischen Schwierigkeiten dadurch, dass er einerseits eine Zwangsvollstreckung auch aus einem Feststellungsurteil für statthaft erklärt, trotz aller prinzipiellen Bedenken, die dem nach dem oben (S. 32 fg.) Gesagten entgegenstehen, andrerseits berechtigt zu sein glaubt, in diesen Fällen den Nachweis eines Feststellungsinteresses für überflüssig zu erklären.

Die Klage nach § 258 C. P. O. ist also nichts anderes als eine einfache Leistungsklage, bei der lediglich die Voll-

streckung des Urteils entsprechend der künftigen Leistungspflicht hinausgeschoben wird (Struckmann-Koch, a. a. O. zu § 258).

In Schwierigkeiten geraten hier die Anhänger der Rechtsverletzungstheorie (vgl. oben S. 9). Da das Gesetz hier die Verurteilung vor Fälligkeit gestattet, so lässt sich nicht einmal das aufrecht erhalten, dass Voraussetzung der Verurteilung eine Rechtsverletzung in dem ganz objektiven Sinne sei, dass der Anspruch ein unbefriedigter sei: Sie suchen ihre Theorie mit dem § 258 dadurch in Einklang zu bringen, dass sie das Recht auf wiederkehrende Leistungen als ein Gesamtrecht betrachten, welches sich aus einer Mehrheit von Einzelrechten zusammensetzt. In jenem sehen sie einen Gesamtanspruch (vgl. hierüber näheres bei Langheineken, Anspruch und Einrede S. 144), in diesem je einen Einzelanspruch enthalten. Die Nichtzahlung einer Rate am Verfalltage bedeutet, wie sie sagen, eine Verletzung des betreffenden Einzelanspruchs und damit auch zugleich, da dieser nur ein Bestandteil des Gesamtanspruchs sei, eine Verletzung des Gesamtanspruchs [So z. B. Oetker (a. a. O. S. 578), Wach (a. a. O. S. 60)]. Mit Recht aber erklärt es Hellwig (a. a. O. S. 371) für unzulässig, das Ausbleiben einer einzelnen Ratenzahlung als eine Verletzung des Gesamtanspruchs zu betrachten. „Auch dann, wenn die einzelnen Teilforderungen bereits fest begründet sind, und nur ihre Fälligkeit in Perioden eintritt, kann zwar der Bestand des Gesamtschuldverhältnisses bestritten und dadurch ein Feststellungsinteresse bezüglich aller Ansprüche begründet sein. Allein von einer Verletzung der noch nicht fälligen Ansprüche kann nicht die Rede sein. Vollends unmöglich ist eine solche Auffassung in den Fällen, in denen die Verurteilung wegen der künftigen, noch gar nicht zur Entstehung gelangten Ansprüche erfolgt."

Langheineken andrerseits sieht in der Verurteilung des § 258 eine Verurteilung zur Leistung der fälligen Rate und einen Befehl, der auf Unterlassung erneuter Verletzungen gerichtet ist (Urteilsanspruch S. 216). Er verwischt

hierdurch den prinzipiellen Unterschied zwischen der Verurteilung zum Unterlassen und zu positiven Leistungen und entkleidet mit einem dialektischen Kunststück die Zulässigkeit der in § 258 bezeichneten Klagen ihrer Besonderheit (Hellwig, a. a. O. S. 371 Anm. 10).

3. Klage nach § 323 C. P. O.

Die Einführung des § 258 C. P. O. hat die Vorschrift des § 323 notwendig gemacht. Da es nicht selten vorkommt, dass später, wenn eine Verurteilung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen ergangen ist, eine wesentliche Änderung derjenigen Verhältnisse eintritt, die für die Verurteilung zur Entrichtung der Leistungen, für die Bestimmung ihrer Höhe oder der Dauer ihrer Entrichtung massgebend waren, so ist es ein Gebot der Billigkeit, dass jedem Teil das Recht gewährt wird, eine entsprechende Abänderung des Urteils zu erlangen (Motive). Ohne die Vorschrift des § 323 würde die Rechtskraft des Urteils verhindern, dass der abgeurteilte Tatbestand dem Richter von neuem unterbreitet werde, um auf Grund eines vervollständigten Prozessstoffes zu einer andern Beurteilung zu gelangen. Der § 323 gibt nun aber, und zwar im Gegensatz zu der Vollstreckungsgegenklage des § 767, auch dem früheren Kläger ein Recht, eine Änderung des Urteils zu verlangen.

Ganz treffend nennt Seuffert (in Zeitschrift f. d. C. Pr. 22 S. 337) diese Klage eine Art von Restitutionsklage. Bereits im bisherigen Recht findet sich eine so gestaltete Klagenfigur in § 7 Abs. 2 des Reichshaftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 [die Weismann (a. a. O. S. 131) und Gaupp (a. a. O. § 231 N. 5) zu den Leistungsklagen zählen]. Sie wird durch obige Klage überflüssig, weshalb auch Art. 42 E. G. B. G. B. sie beseitigt.

Wenn Schmidt (Nachtrag S. 60 Anm. 1) und Stein (in Zeitschr. f. d. C. Pr. 24 S. 224) an der Klage aus § 323 auszusetzen finden, dass sie nicht in Übereinstimmung und Zusammenhang mit § 767 behandelt ist, so dürfte das Monitum nicht gerechtfertigt sein. Die beiden Klagen sind

grundverschieden: die Vollstreckungsgegenklage stellt die Richtigkeit des Urteils für die Zeit seiner Fällung nicht in Frage, sondern nur dessen Erledigung, während die auf § 323 gestützte Klage auf Änderung des Urteils geht, weil die von dem Richter als wahrscheinlich vorausgesetzte Gestaltung der Zukunft nicht eingetreten ist. Sie basiert auf der unrichtigen Berechnung der Zukunft (Langheineken, Urteilsanspruch S. 261 fg., Hellwig a. a. O. S. 167, Anm. 14). Hat das Gericht die mutmassliche Arbeitsfähigkeit oder die Lebensdauer falsch beurteilt, aber eine einmalige Abfindung zugesprochen, so ist das Urteil unanfechtbar, und auch eine condictio sine causa ist ebenso ausgeschlossen wie eine Nachforderung (a. A. Jäger, Umwandlungsklage S. 24).

Die Abänderungsklage ist aber nur dann zulässig, wenn eine wesentliche Änderung der Verhältnisse eingetreten ist, die für die Verurteilung als solche, die Höhe und die Dauer der Leistungen massgebend waren. „Wesentlich ist eine Änderung, die geeignet ist, eine anderweite Beantwortung der Fragen herbeizuführen, ob die Verurteilung in dem ergangenen rechtskräftigen Erkenntnis überhaupt, für den festgesetzten Betrag oder für die bestimmte Dauer gerechtfertigt ist.“ (Struckmann-Koch, Kommentar zu § 323).

Eine wesentliche Änderung der Verhältnisse, die für die Verurteilung massgebend waren, kann zunächst begründet sein in der Person des Berechtigten. Hierher gehören beispielsweise Schwankungen in der Erwerbsunfähigkeit (vgl. R. G. 2, 5) oder Erwerbsgelegenheit (Sf. Arch 39 N. 112, 49 N. 161, vgl. Jäger a. a. O. S. 7 fg.) des Berechtigten, in seiner Bedürftigkeit, in der Leistungsfähigkeit des Verpflichteten, soweit sie überhaupt in Betracht kommt, mögen sie dauernder oder, wie etwa bei der Verurteilung des Unterhaltsberechtigten zu einer Freiheitsstrafe (R. G. 1, 67 vgl. mit R. G. 23, 28, a. A. Jäger a. a. O. S. 9) vorübergehender Art sein, und mögen sie eine Erweiterung oder Verminderung oder den Fortfall des Anspruchs begründen. Es kommen aber ebenso auch allgemeine Verhältnisse dieser Art in Betracht, so namentlich Änderungen der Gesetzgebung (a. A. Seuffert, Kommentar zu § 323 N. 3), durch welche

Ansprüche der bezeichneten Art, auch wenn sie schon bestehen, beseitigt werden, oder für die Berechnung neue Grundlagen geschaffen werden (Gaupp-Stein, Kommentar zu § 323, R. G. 22, S. 90), dagegen können Änderungen, die durch Rechtsgeschäft eingetreten sind, z. B. Vereinbarung höherer oder niedrigerer Unterhaltsbeiträge nie durch Klage nach § 323, sondern nur durch Klage nach § 767 geltend gemacht werden. Für solche Fälle eine 2. Klage zu gewähren, besteht auch gar kein Bedürfnis.

Über den Begriff der wiederkehrenden Leistungen ist oben S. 19 gesprochen. Eine Beschränkung des § 323 auf die Fälle der Unterhaltsforderungen, von denen das Gesetz ursprünglich ausging (Entw. I des B. G. B. § 724, 1493) ist nicht zum Ausdruck gekommen. § 323 ist aber unanwendbar auf alle vertragsmässig oder gesetzlich absolut bestimmten Leistungen, wie z. B. Leibrenten, Zinsen und dgl., sowie nach der Vorschrift in §§ 912 Abs. 2, 917 Abs. 2 B. G. B. auf die Überbau- und Notwegrente, da das Civilrecht in diesen Fällen die Pflicht zur Leistung oder ihre Höhe oder Dauer ausschliesslich von bestimmten einmaligen Ereignissen abhängig macht, sodass die späteren Veränderungen, auch wenn sie vor der Verurteilung eingetreten und im Urteil berücksichtigt worden wären, einen Einfluss auf die genannten Entscheidungen nicht gehabt haben würden.

Die Änderungsklage setzt voraus, dass die Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen von bestimmter Höhe in einem (Leistungs- oder Feststellungs-) Urteil ausgesprochen ist. Der Vergleich steht der Verurteilung nicht gleich (R. G. 23 S. 41, Jäger, a. a. O. S. 4 fg.), ebenso wenig ist die einstweilige Verfügung eine Verurteilung im Sinne des § 323. Wird die Klage aus § 358 abgewiesen, so kann der Kläger ebenfalls nicht auf Grund des § 323 klagen, er kann in diesem Falle den durch nachträglich eingetretene Umstände entstandenen Anspruch nur durch neue selbständige Klage geltend machen.

Übereinstimmend mit § 767 Abs. 2 C. P. O. ist die die Klage nur insoweit zugelassen, als die Gründe, auf die

sie gestützt wird, erst nach dem Schlusse derjenigen mündlichen Verhandlung, in welcher eine Erweiterung des Klageantrags oder die Geltendmachung von Einwendungen spätestens hätte erfolgen müssen, vorhanden sind und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können. Auf Gründe, die zur Zeit des Schlusses der massgebenden mündlichen Verhandlung bereits entstanden waren, kann die Klage also nicht gestützt werden, auch dann nicht, wenn die Tatsachen der Partei nicht bekannt oder wenn sie nicht beweisbar waren (so ausdrücklich die Motive zum B. G. B. II S. 789, R. G. 5 S. 98 fg., a. M. Jäger a. a. O. S. 15 fg.). So lange das Urteil des 1. Prozesses noch durch Berufung angefochten werden kann, hat die Partei die Wahl, die neuen Gründe durch Berufung oder durch die Abänderungsklage geltend zu machen. Dagegen können Gründe, die noch durch Einspruch gegen ein Versäumnisurteil geltend gemacht werden können, nicht durch die Änderungsklage geltend gemacht werden. Ist aber die Einspruchsfrist abgelaufen, ohne dass Einspruch erhoben wurde, so kann die Änderungsklage auch auf einen Grund gestützt werden, der durch Einspruch geltend gemacht werden konnte.

Eine weitere Einschränkung ist in Abs. 3 enthalten, indem er die Abänderung nur für die Zeit nach Erhebung der auf die Abänderung gerichteten Klage gestattet, und zwar aus Gründen der Zweckmässigkeit; denn die Ermittelung des Zeitpunktes, in welchem die Änderung der massgebenden Verhältnisse tatsächlich eingetreten ist, wird meist mit erheblichen Schwierigkeilen verknüpft sein (Motive). Obwohl der § 323 nicht wie § 767 Abs. 3 eine Kumulierung der Gründe gebietet, dürfte doch aus der mit dem Schlusse der mündlichen Verhandlung eintretenden Präklusion (§ 278 Abs. 1) zu folgern sein, dass eine 2. Abänderungsklage nur auf Gründe gestützt werden kann, die erst nach dem Schlusse der für das Urteil massgebenden mündlichen Verhandlung über die 1. Anfechtungsklage entstanden sind (a. A. Gaupp-Stein, Kommentar zu § 323).

4. Klage nach § 257 C. P. O.

§ 257 C. P. O. lautet:

„Ist die Geltendmachung einer nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderung oder die Geltendmachung des Anspruchs auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder eines andern Raumes an den Eintritt eines Kalendertages geknüpft, so kann Klage auf künftige Zahlung oder Räumung erhoben werden."

Der in diesem Paragraphen behandelte Fall knüpft an die sog. Kündigungsklage des Preussischen Rechts (A. G. O. Teil I Tit. 28 §§ 4, 16) an, d. h. einer Klage, welche selbst erst die Kündigung des bis dahin noch nicht fälligen Darlehnsanspruchs etc. für die Zukunft ausspricht und gleichzeitig die Zahlung für diesen künftigen Termin verlangt. Räumungs- und Darlehnsklagen führen, wenn für ihre Erhebung der Eintritt der Fälligkeit des Anspruchs abgewartet werden muss, nur verspätet zum Erfolge. Und doch besteht gerade in diesen Fällen, bei diesen Ansprüchen, bei denen die rechtzeitige Erfüllung im Interesse des Gläubigers ganz besonders geboten erscheint, das Bedürfnis, die Erfüllung sofort bei Eintritt der Fälligkeit gegen säumige oder gar böswillige Schuldner erzwingen zu können. Mit der Feststellungsklage ist aber in diesen Fällen nichts auszurichten, ist diesem Bedürfnis nicht abgeholfen, da das Feststellungsurteil nicht exequierbar ist. Was nützt dem Vermieter, der seine Wohnung an einen andern vermietet und dieselbe dem neuen Mieter an einem bestimmten Tage zu übergeben hat, ein nicht vollstreckbares Urteil, welches die Räumungspflicht des alten Mieters nur feststellt. Was tut der Darlehnsgläubiger, welcher das ihm an einem bestimmten Tage zurückzuzahlende Kapital einem andern als Darlehn versprochen hat, oder der es an dem bestimmten Tage zur Tilgung eigener Verbindlichkeiten braucht, mit einem vor Eintritt des Verfalltages erwirkten Urteil, welches die Rückzahlungspflicht seines Schuldners nur feststellt!

Der § 257 gibt daher, um das berechtigte Interesse des Klägers zu schützen, die Möglichkeit, schon vor Ein-

tritt des bestimmten Kalendertages ein Urteil auf Zahlung der schuldigen Summe oder auf Räumung einer Wohnung zu erwirken, welches etwaige Streitpunkte über die Tatsache oder die Rechtzeitigkeit der Kündigung oder darüber, ob der Beklagte an einem bestimmten Tage einem Räumungsanspruche zu genügen habe, im voraus beseitigt und sofort mit dem Zeitpunkte der Fälligkeit die Zwangsvollstreckung ermöglicht.

Voraussetzung der Leistungsklage des § 257 ist aber, dass die Geltendmachung einer Geldforderung oder des Räumungsanspruchs von dem Eintritt eines Kalendertages abhängig ist. Indessen kommt es, abweichend vom Entwurf I des B. G. B. (wo es in § 190 hiess „auf Grund der mit der Klage verbundenen Kündigung") nicht darauf an, ob die Fälligkeit durch eine Kündigung herbeigeführt ist, oder von vornherein festgesetzt war. Ist der Eintritt des Fälligkeitstages an eine Kündigung geknüpft, so kann diese, sofern der Kläger nach bürgerlichem Recht zur Kündigung befugt ist, in der Klage erfolgen. Die Fälligkeit kann sich auch durch den Eintritt irgend eines andern Ereignisses (z. B. 3 Monate nach Empfang der Rechnung) ergeben. Es genügt, wenn zur Zeit der Klageerhebung die kalendermässige Bestimmung erfolgt ist, so dass ein nach § 253 C. P. O. erforderlicher bestimmter Antrag gestellt werden kann; es genügt also nicht, wenn die Zeit der Geltendmachung vom Eintritt eines dies incectus oder von einer Bedingung abhängt (Freudenthal, a. a. O. § 257).

Im Gegensatz zu der Vorschrift des § 258 wird die Anwendung des § 257 dadurch ausgeschlossen, dass der Anspruch von einer Gegenleistung des Klägers abhängig ist. Zu den nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderungen gehören zunächst solche Forderungen, bei denen eine Gegenleistung überhaupt nicht in Frage kommen kann, wie bei Ansprüchen aus Darlehn, Schenkung, Hypothek, Grundschuld oder Rentenschuld, Verpflichtungsschein (§ 363 H. G. B.), Wechsel[1]) (vgl. jedoch über die Streitfragen

[1]) Hierbei bleiben ohne weiteres die Wechselregressansprüche ausser Betracht, da deren Voraussetzungen über den Rahmen des § 257 weit

in letzterer Hinsicht: Marcus in der Juristenzeitung 1900, S. 457, Haberling im „Recht“ 1902 S. 17, und die Kommentare). Es können aber auch Ansprüche aus gegenseitigen Verträgen darunter fallen. So, wenn die dem Beklagten nach dem Vertrage obliegende Geldzahlung vor der dem Kläger obliegenden Gegenleistung fällig ist, oder wenn der Kläger zur Zeit der Klageerhebung den Beklagten wegen der Gegenleistung bereits befriedigt hat. Eine Entscheidung des Landgerichts Frankfurt a. M. vom 8. III. 1900 verneint dies, sie sagt: Unter den nach § 257 nicht von einer Gegenleistung abhängigen Geldforderungen sind nur solche zu verstehen, die „ihrer Natur nach“ nicht an eine Gegenleistung geknüpft sind, nicht dagegen solche, bei denen die an sich erforderliche Gegenleistung des Anspruchsberechtigten zur Zeit der Klageerhebung bereits erfolgt ist (Soergel a. a. O. 1900/01 zu § 257). Dies ist jedoch nicht zutreffend. Allerdings ist in den Vorarbeiten zu der Gesetzesvorschrift immer nur an Ansprüche aus einseitigen Verträgen, insbesondere aus Darlehn, gedacht worden, und weiter konnten nach der Gestalt, in der die Vorschrift ursprünglich in Aussicht genommen war, andere Ansprüche auch gar nicht betroffen werden. Nach § 190 Abs. 3 des 1. Entwurfs zum B. G. B. sollten nämlich Klagen auf künftige Zahlung nur wegen solcher von einer Gegenleistung nicht abhängigen Geldforderungen zulässig sein, die erst mit Ablauf einer Frist nach erfolgter Kündigung fällig würden. Hieran wurde in der 2. Kommission, in der man beschloss, die Vorschrift

---

hinausgehen, und ebenso wenig kann die Frage, ob § 257 auf Ansprüche, aus Tagwechseln (Art. 4 N. 4 Abs. 1, Art. 30 W. O.) anwendbar ist, in den Fällen auftauchen, in denen die Erhebung des wechselmässigen Anspruchs von rechtzeitiger Protesterhebung sonst noch abhängt; denn auch hier kommen weitere Requisiten in Frage, ausser der kalendermässigen Fälligkeit sind besondere Solennitäten zu erfüllen als Bedingungen des Wechselrechts. Aber auch gegen den Akzeptanten der nicht domizilierten Tratte oder den Aussteller eines eben solchen Eigenwechsels will Marcus (in der deutschen Juristen-Zeitung 1900 S. 457) abweichend von der herrschenden Lehre (auch das Kammergericht hat die Klage gegen den Akzeptanten auf Zahlung an dem künftigen, im Wechsel ohne benannten Domiziliaten angegebenen Tage zugelassen. Soergel, Rechtspre-

als § 231 a in die C. P. O. einzustellen, festgehalten und wurden Anträge auf allgemeine Zulassung von Klagen wegen noch nicht fälliger Ansprüche abgelehnt, weil ein praktisches Bedürfnis hierfür nicht bestehe (Prot. von Achilles Band I S. 245, Bd. VI S. 656 fg.). Auch in der der Denkschrift zur Reichstagsvorlage beigegebenen Zusammenstellung der in Aussicht genommenen Veränderungen der C. P. O. war die Vorschrift lediglich in dieser Gestalt als in die C. P. O. einzustellen aufgeführt und war dabei auf die Paragraphen des Entwurfs, betr. die Darlehnskündigung, verwiesen. Geldforderungen aber, die nicht von einer Gegenleistung abhängig und auf Kündigung gestellt waren, konnten nur solche aus einseitigen Verträgen sein. In der Fassung aber, welche die Vorschrift in der Novelle zur C. P. O. erhalten hat, haben die Worte „von einer Gegenleistung nicht abhängig“ eine viel weitergehende Bedeutung gewonnen. Den Gesetzgebungsfaktoren scheint dies allerdings entgangen zu sein; denn sowohl in der Begründung der Novelle als auch bei den Verhandlungen der Reichstagskommission ist lediglich auf das Darlehn hingewiesen worden. Jedoch ist der Wortlaut des Gesetzes allein massgebend. Ohne den Worten des Gesetzes Gewalt anzutun, kann man aber Geldforderungen, die aus gegenseitigen Verträgen entstanden und durch Vorleistung von einer Gegenleistung unabhängig geworden sind, nicht ausschliessen. Für die Auslegung des § 257 kommt auch in Betracht, dass im Mahnverfahren Ansprüche ausgeschlossen sind, „deren Geltendmachung

---

chung 1900/01 S. 377) die Klage aus § 257 nicht unbedingt zulassen, weil durch die Bestimmung des § 257 die Klage vor Fälligkeit auf einseitige kalendermässig fixierte Geldforderungen und solche Geldforderungen, bei denen die Fälligkeit durch einseitige Erklärung des Klägers herbeigeführt werden könnte, beschränkt sein sollte. Deshalb versage § 257, so führt Marcus aus, wenn die Realisierung des Anspruchs ein Mehr verlange, weil und sofern dies Mehr nicht durch die Klageerhebung ersetzt werden könne, demnach in all den Fällen, in denen der konkrete Wechselanspruch als Holschuld durch Präsentation bedingt sei. Wo immer dagegen letztere als wechselrechtliches Erfordernis der Klage aus dem Wechsel entfalle, da sei auch die Klage aus § 257 zuzulassen (vgl. dagegen besonders Seuffert a. a. O. zu § 257).

von einer noch nicht erfolgten Gegenleistung abhängig ist“ (§ 688 Abs. 2 C. P. O.), und dass dort niemand die Anwendung auf Kaufgeldforderungen u. dgl. bezweifelt hat und bezweifeln wird. Die geringe Verschiedenheit der Fassung aber („noch nicht erfolgten Gegenleistung“ in § 688 — „Gegenleistung“ schlechthin in § 257) kann einen sachlichen Unterschied nicht begründen. Denn die Worte „noch nicht erfolgten“ dienen nur zur nähern Erläuterung der Begriffe „Gegenleistung“ und „unabhängig“: eine Gegenleistung, von der ein Anspruch gegenwärtig abhängig ist, kann immer nur eine „noch nicht erfolgte“ sein, es hätte daher der Aufnahme dieser Worte in § 688 nicht bedurft. Es muss also für die Anwendung des § 257 genügen, wenn die geltend gemachte Geldforderung zur Zeit der Verurteilung einseitig ist. (So auch die Kommentare von Gaupp-Stein, Struckmann-Koch, Seuffert etc. zu § 257, Hirschfeld, Juristen-Zeitung III. Jahrg. S. 98, Busch, Juristen-Zeitung VII. Jahrg. S. 305, O. L. G. Naumburg in Sf. Arch. 57 N. 198 u. a. m.)

Darnach kann also z. B. der Verkäufer eines Grundstücks, das am 1. Oktober aufgelassen werden soll, gegen den Käufer, der sich zu einer Anzahlung am 1. Juli verpflichtet hat, schon vor diesem Zeitpunkt auf Leistung der Anzahlung klagen; ferner kann der Verkäufer einer Ware nach Lieferung dieser gegen den Käufer auf Zahlung des kreditierten Kaufpreises am künftigen Tage der Fälligkeit im voraus Klage erheben. Dagegen wäre beispielsweise der Vermieter, der aus § 257 auf Zahlung eines später fällig werdenden Mietzinses vor Ablauf der Mietszeit klagen würde, mit seiner Klage abzuweisen, da die Mietzinsforderung noch von der Gegenleistung des Klägers, bestehend in der Gewährung des Gebrauchs der Mietsräume, abhängt, die er, da der Vermieter nach B. G. B. wie nach gemeinem Recht vorzuleisten hat, erst mit dem Zeitpunkt des Ablaufs der Mietszeit, für die der Mietzins der Entgelt ist, erfüllt hat.

Was den Anspruch auf Räumung eines Grundstücks, eines Wohnraumes oder eines andern Raumes angeht, so ist es gleichgültig, auf welchem Rechtsgrunde der Anspruch beruht, ob auf Leihe, Miete, Pacht oder einem andern Grunde.

Absichtlich hat man die im 1. Entwurf des B. G. B. enthaltene Beschränkung auf Mietsverhältnisse aufgegeben und jede Erwähnung des Rechtsgrundes fallen lassen (Prot. z. B. G. B. I S. 245).

Der Anspruch muss auf Räumung d. h. Aufgabe des Besitzes nach zeitweiliger Benutzung gerichtet sein und zwar auf Räumung eines Grundstücks (nicht einer beweglichen Sache), ein Anspruch auf Einräumung, d. h. Überlassung eines Grundstücks zur Benutzung oder zum dauernden Behalten kann mit der Klage nach § 257 nicht verfolgt werden.

5. Klage nach § 259 C. P. O.

Über die Fälle der §§ 257 und 258 hinaus trägt § 259 den Anforderungen des Verkehrs durch die allgemeine Vorschrift Rechnung, dass der Gläubiger auf künftige Leistungen stets unter der Voraussetzung einer gerechtfertigten Besorgnis, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, zu klagen vermag, damit die Zwangsvollstreckung, wenn nötig, sofort im Erfüllungszeitpunkt erfolgen kann.

Es bedarf also nicht wiederkehrender Leistungen, der Anspruch braucht nicht auf Räumung eines Grundstücks zu gehen, die Geltendmachung einer Geldforderung braucht nicht von einer Gegenleistung unabhängig zu sein. Jeder nicht fällige Anspruch, mag er auf Geld oder auf andere Leistungen gehen, aus einseitigen oder gegenseitigen Verträgen entspringen, fällt unter § 259.

Ob nicht bloss befristete, sondern auch — abweichend von §§ 258 und 257 — bedingte Ansprüche hierher gehören, ist sehr zweifelhaft. Durchgehends wird die Frage bejaht, so z. B. von Hellwig (a. a. O. S. 384), Schmidt (Änderungen S. 85), Struckmann-Koch, Gaupp-Stein, Seuffert, Freudenthal (Kommentare zu § 259) u. a. m. (vgl. auch R. G. Bd. 51 S. 243, R. d. O. L. G. Bd. 5 S. 58), sie stützen sich (Gaupp-Stein a. a. O. ad § 259) besonders auf die unveränderte Beibehaltung der Vorschrift des § 726 Abs. 1, die eine Verurteilung zu bedingter Leistung voraussetze, die aber kaum noch einen Anwendungsfall habe, wenn § 259

nicht auch für bedingte Ansprüche gälte. Weiter ziehen sie den § 916 Abs. 2 heran, durch den beim Arrest der bedingte Anspruch als sicherungsfähig erklärt ist. Und von „künftiger", „rechtzeitiger" Leistung könne man auch bei bedingten Ansprüchen reden.

Demgegenüber möchte ich einwenden, dass der § 259 von „künftiger" Leistung, „rechtzeitiger" Leistung und die Begründung von „Fälligkeit" spricht. Alles dies sind Ausdrücke, die korrekt und passend nur bei befristeten Ansprüchen gebraucht werden können. Zwischen Befristung und Bedingung besteht aber der grosse Unterschied, dass Bedingung ein ungewisser Umstand, Befristung dagegen ein gewisser Umstand ist, von dessen Eintritt oder Nichteintritt die Wirkung eines Rechtsgeschäfts abhängig gemacht ist. Während also bei befristeten Ansprüchen der Richter über einen Anspruch entscheidet, der jedenfalls mal früher oder später wirksam wird und geltend gemacht wird, soll der Richter bei einem bedingten Anspruch über einen Anspruch entscheiden, der vielleicht nie in Frage kommt, nie zur Durchführung gelangt, ein Urteil fällen, das vielleicht nie und nimmer irgend welche Bedeutung erlangt (vgl. ob. S. 8).

Dass auch die C. P. O. scharf zwischen bedingten und befristeten Ansprüchen unterscheidet, zeigt gerade der als Argument von der andern Seite herangezogene § 916 Abs. 2. Dieser Paragraph erklärte anfangs nur betagte Ansprüche als sicherungsfähig. Die Ausdehnung auch auf bedingte Ansprüche ist erst erfolgt durch die Novelle von 1898, dieselbe Novelle, welche auch den § 259 eingeführt hat. Sollte der § 259 a u c h auf bedingte Ansprüche Anwendung finden, so hätte man erwarten dürfen, dass auch hier die Novelle dieses ausgedrückt hätte. — Auch in § 916 Abs. 2 sind bedingte Ansprüche nicht schlechthin für sicherungsfähig erklärt, ausdrücklich heisst es dort, dass die Zulässigkeit des Arrests ausgeschlossen ist, wenn der bedingte Anspruch wegen der entfernten Möglichkeit des Eintritts der Bedingung einen gegenwärtigen Vermögenswert nicht hat.[1])

[1]) Auch die Gegenmeinung will, wenigstens zum Teil, offenbar den § 259 nicht schlechthin auf bedingte Ansprüche Anwendung finden lassen,

Der § 726 Abs. 1 kann meines Erachtens nicht im geringsten als Beweis dienen, selbst dann nicht, wenn er wirklich bei Nichtzulassung der Einklagung bedingter Ansprüche einen Anwendungsfall nicht hätte,[1]) könnte er als Argument herangezogen werden; denn es ist nicht Sache des Richters, dafür zu sorgen, dass eine Bestimmung nicht gegenstandslos ist, sondern Sache des Gesetzgebers, den Gesetzen, die er erlässt, irgend welche Bedeutung zu sichern — und der § 726 Abs. 1 hat ja auch, wie in der Anmerkung ausgeführt ist, seine Bedeutung. Jedenfalls dürfte man wohl für den Fall, dass der § 726 Abs. 1 gerade mit Rücksicht auf § 259 beibehalten wäre, eine Auslassung der Materialien hierüber erwarten, um so mehr als der Wortlaut des § 259 nur auf befristete Ansprüche hin weist.

Aus alle dem geht m. E. mit Sicherheit hervor, dass § 259 noch zweifelhafte, von einer Bedingung abhängige

---

sondern nur in gewissen Fällen, hauptsächlich wohl nur auf die sog. bedingt wirksamen Ansprüche (vgl. oben S. 8, Langheineken, Anspr. und Einrede S. 62, 218, R. G. 51 S. 243).

[1]) In der Tat wird der Paragraph ein sehr eng begrenztes Anwendungsgebiet haben. Er lautet folgendermassen: Von Urteilen, deren Vollstreckung nach ihrem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer andern Tatsache als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt, darf eine vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden, wenn der Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden geführt wird. Von einzelnen Seiten, (z. B. Wach, Vorträge S. 322 fg.) wurde unter Berufung auf den Wortlaut des § 726 und auf die allgemeine Absicht des Gesetzes, den Gerichtsvollzieher tunlichst einer sachlichen Prüfung zu entheben, die Ansicht vertreten, dass ein auf Leistung Zug um Zug lautendes Urteil unter die Vorschrift des § 726 I falle. Die durchaus herrschende Meinung (z. B. Seuffert, Kommentar zu § 664 alt, Kipp, Verurteilung zu Willenserklärungen S. 104 fg.) ging umgekehrt dahin, dass die Vorschrift des § 726 Abs. 1 auf dieses Urteil keine Anwendung finde, die vollstreckbare Ausfertigung vielmehr ohne Weiteres nach § 724 von dem Gerichtsschreiber zu erteilen sei, während im übrigen die Prüfung der Vollstreckbarkeit dem Gerichtsvollzieher bezw. dem Vollstreckungsgericht obliege. Durch die Novelle ist dem Abs. 1 ein Abs. 2 beigefügt und hierdurch die Streitfrage dahin entschieden, dass, wenn die Vollstreckung von einer Zug um Zug zu bewirkenden Leistung des Gläubigers an den Schuldner abhängt, zur Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils der Beweis, dass der Schuldner

Rechte nicht im Auge hat[1]) (vgl. auch Enneccerus 2. Aufl. I S. 262).

Die praktischen Unzuträglichkeiten, die sich durch die Zulassung von Klagen aus bedingten Ansprüchen ergeben würden, würden allerdings nicht so erheblich sein, wie sie auf den 1. Blick scheinen. Die im Interesse des Schuldners nötige Einschränkung ergibt sich aus der Klagvoraussetzung des § 259. Ist die Möglichkeit des Eintritts der Bedingung eine ganz entfernte, so wird der Richter, von dessen Ermessen ja schliesslich die Zulassung der Klagen abhängt, den Schutz versagen (Hellwig, a. a. O. S. 385). Andrerseits ist aber auch nicht einzusehen, welchen erheblichen Fortschritt die Statthaftigkeit derartiger Klagen bedeuten sollte. Der Kläger bedarf bei dem weitgehenden Klagerechte keines besonderen Schutzes mehr, er ist durch die Gesetzgebung günstig genug gestellt.

Für die Klage nach § 259 besteht mit Recht die besonders strenge Voraussetzung, dass den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, es werde der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen. Hier hat also

---

befriedigt oder im Verzuge der Annahme ist, in der Regel nicht erforderlich ist. Eine Ausnahme tritt gemäss Abs. 2 dann ein, wenn die dem Schuldner Zug um Zug obliegende Leistung in der Abgabe einer Willenserklärung besteht.

Dagegen gilt der Grundsatz des § 726 Abs. 1 stets für die Zwangsvollstreckung, wenn von einem Gläubiger, der vorzuleisten hat, gegen den Schuldner, der sich im Verzuge der Annahme befindet, gemäss § 322 Abs. 2 B. G. B. auf Leistung nach Empfang der Gegenleistung geklagt ist. Zufolge § 322 Abs. 2 B. G. B. kann aber der Gläubiger in einem solchen Falle auch ohne Bewirkung der ihm obliegenden Leistung zur Zwangsvollstreckung dann gelangen, wenn der Schuldner sich fortdauernd im Verzuge der Annahme befindet, und diese Tatsache wird in der Regel schon auf Grund der in dem Urteil enthaltenen Feststellung als nachgewiesen angesehen werden (Motive zu § 664).

[1]) Eine Ausnahme muss zweiffellos gemacht werden für die Klagen aus einem von einer condicio juris abhängigen Anspruch. So ist der Anspruch auf künftige Alimente natürlich durch das Erleben bedingt. Rechts- (oder stillschweigende) Bedingungen sind aber auch gar keine eigentlichen Bedingungen, keine Bedingungen im Sinne des Gesetzes (vgl. Enneccerus, a. a. O. § 100 II 2), so dass streng genommen gar nicht mal eine Ausnahme gemacht zu werden braucht.

der Kläger neben seinem Anspruche sein Interesse an alsbaldiger Verurteilung darzulegen, das sich auf eine drohende Rechtsverletzung, auf eine Rechtsgefährdung, stützt. Durch welche Umstände aber dieses Interesse begründet werden kann, ist streitig. Die Materialien des Gesetzes sind unergiebig; denn die 2 Kommissionen für das B. G. B. hat ein Hinausgehen über §§ 257 und 258 abgelehnt (Prot. z. B. G. B. Bd. 6 S. 655 fg.) und § 259 taucht erst in der Novelle auf. Der Hauptanwendungsfall für diesen Paragraphen wird insbesondere dann vorliegen, wenn der Kläger ohne die Verurteilung zur künftigen Leistung voraussichtlich genötigt sein würde, im Zeitpunkte der Fälligkeit eine Leistungsklage zu erheben.[1]) Der dadurch entstehende Aufschub soll ihm erspart werden. Bestreitet der Schuldner also ausdrücklich seine Verbindlichkeit, schon bevor sie fällig ist, das Bestehen oder den Inhalt oder den Zeitpunkt seiner Pflicht, so bietet der § 259 dem Gläubiger die Möglichkeit, sofort die streitige Sache vor den Richter zur Entscheidung zu bringen, so dass er zur Zeit der Fälligkeit seines Anspruchs im Besitze eines der Vollstreckung fähigen Urteils gegen den Schuldner sein kann. Gerade bez. dieses Falles nun, der von der Begründung zur Novelle (S. 104) als der Hauptfall des Bedürfnisses bezeichnet wird, herrscht durchaus nicht Übereinstimmung. (Hellwig a. a. O. S. 387) will das Bestreiten der nicht fälligen Verbindlichkeit seitens des Schuldners nur dann als genügend ansehen, wenn sie wider besseres Wissen erfolgt, weil der Schuldner nicht leisten *will*. Damit trägt er eine Unterscheidung in das Gesetz hinein, die praktisch undurchführbar ist. Denn wie soll Kläger dartun, dass Beklagter im bösen Glauben ist, wenn dieser ihm z. B. kurz und bündig schreibt „der am 1. Oktober fällige Wechsel ist nichtig, ich werde ihn deshalb nicht bezahlen."

Aber selbst wenn nun der Schuldner geschrieben hätte: „Nach eingehender Beratung mit meinem Anwalt bin ich zu dem Ergebnis gekommen, dass Ihr Anspruch aus den und den Gründen nicht besteht." Ist darum weniger

[1]) Vgl. O. L. G. Frankfurt in Soergel a. a. O. 1900/01, S. 377.

wahr, dass die Besorgnis besteht, er werde nicht zahlen.“ (Stein, a. a. O. S. 104.) Andrerseits erklärt Stein (a. a. O. S. 104 und Gaupp-Stein, a. a. O. zu § 259) ausnahmslos das Bestreiten des Anspruchs immer für genügend, die bezeichnete Besorgnis zu rechtfertigen. So praktisch diese Ansicht ist, ich glaube nicht, dass man ihr unbedingt folgen darf; die Verurteilungsklage ist unbegründet, wenn zu erwarten ist, dass der Beklagte bei Feststellung des Rechtsverhältnisses seine Verpflichtung erfüllen werde. (So die Kommentare von Seuffert und Petersen-Anger, a. a. O. zu § 259).

Das Bestreiten der Verpflichtung seitens des Schuldners bewirkt eine Unsicherheit des gegenwärtigen Bestehens des Rechtsverhältnisses und begründet das Interesse an alsbaldiger Feststellung. Daraus folgt eine Konkurrenz, die in Ermangelung besondrer Vorschrift und im Einklang mit sonstigen Grundsätzen der C. P. O. zu einem Wahlrecht für den Kläger führt. In der Regel wird der Kläger die Leistungsklage anstrengen; denn sie bietet ihm den grossen Vorteil, dass er ein Urteil erwirkt, aus dem die Zwangsvollstreckung zulässig ist. Doch nicht immer wird man dem Kläger ein solches Wahlrecht zugestehen können. Muss sich bei dem Gläubiger aus den besonderen Umständen des Falles die gerechtfertigte Überzeugung bilden, dass der Schuldner nach rechtskräftiger Feststellung freiwillig leisten werde, so wird die Anwendung des § 259 für ausgeschlossen zu erachten sein (anders O. L. G. Karlsruhe in Soergel, a, a. O. 1900/01 S. 377); denn, wenn die Gewissheit besteht, dass der Schuldner nach rechtskräftiger Feststellung des streitigen Anspruchs freiwillig seinen Verpflichtungen nachkommen werde, so ist nur das gegenwärtige Bestehen, nicht aber die künftige Erfüllung unsicher und demgemäss nicht die Besorgnis gerechtfertigt, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde.

Der ganzen Streitfrage wird indessen wenig Bedeutung beizumessen sein, da man vorher schwer sagen kann, ob der Schuldner nach rechtskräftiger Feststellung bestimmt rechtzeitig leisten wird. Seinen blossen Worten und Versicherungen wird man schwerlich vollen Glauben schenken

dürfen. Deshalb wird nur in besonderen Ausnahmefällen, etwa dem Fiskus gegenüber oder im Falle einer ausdrücklichen Erklärung des über allen Zweifel solventen und vertrauenswürdigen Beklagten die Erwartung, dass der Beklagte bei Feststellung des Rechtsverhältnisses seine Verpflichtung erfüllen werde, zu begründen sein.

Eine weitere Frage ist, ob das Interesse des § 259 auch durch Umstände begründet werden kann, die nur die Leistungsfähigkeit des Beklagten betreffen. Solche Umstände sind z. B. die Gefahr, dass der Beklagte Befriedigungsmittel bei Seite schaffen, den Gegenstand der geschuldeten Individualleistung vernichten werde, kurz die, die nach §§ 917, 935 C. P. O. den Erlass des Arrests oder einstweiligen Verfügung begründen würden, weil dadurch die künftige Vollstreckung des Urteils vereitelt oder erschwert wird. Auch in diesem Falle tritt eine Konkurrenz der Gefahren und damit der Rechtsbehelfe ein. Der Arrest gibt dem Gläubiger eine sofortige reale Sicherheit durch Pfändung, die einstweilige Verfügung durch andere Zwangsmassregeln, dagegen lassen sie eine Befriedigung des Gläubigers durch die Vollstreckung nicht zu, sie machen die Verurteilung des Schuldners nicht überflüssig. Die Arrestgründe können aber für § 259 nur als Symptome der Willensrichtung des Schuldners in Betracht kommen. Es ist jedesmal nach Lage des Einzelfalles zu beurteilen und festzustellen, ob die Besorgnis, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, gerechtfertigt ist, und es bedarf tatsächlicher Substantivierung der Umstände, auf welche sich die Besorgnis gründet. Die Frage, ob diese Tatsachen die bezeichnete Besorgnis rechtfertigen, ist von Amts wegen zu prüfen. Beispielsweise wird sie zu bejahen sein, wenn der Schuldner ein Verschwender ist oder in andrer Weise so wirtschaftet, dass seine Zahlungsunfähigkeit zu erwarten ist. Dagegen können objektive Umstände, die den Arrest begründen können, namentlich die Notwendigkeit im Auslande vollstrecken zu müssen, an sich nicht genügen, sofern sie nicht auf den Willen des Schuldners zurückgehen. Ebenso kann die Besorgnis, dass

der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, nicht mit schlechter Vermögenslage des Schuldners oder drohender Konkurrenz anderer Gläubiger begründet werden.[1]) Andrer Meinung ist Petersen-Anger (Kommentar ad § 259, und wohl auch O. L. G. Posen in R. d. O. L. G. Bd. 5 S. 56). Er sieht einen genügenden Grund zur Klage darin, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners bevorsteht, ohne dass sie jedoch durch ihn herbeigeführt wird.

Seine Ansicht ist aber unvereinbar mit dem Wortlaut des Gesetzes. § 259 sagt: . . . „dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde." Ein „sich entziehen" setzt aber irgend eine Tätigkeit des Schuldners voraus. Will sich der Schuldner der Leistung entziehen, so muss er selbst handeln, eine darauf gerichtete Tätigkeit entfalten. Und zwar deutet der Ausdruck „sich entziehen" auf ein besonderes „schuldhaftes" Verhalten des Schuldners hin (R. d. O. L. G. Bd. 5 S. 56). Zu beachten ist auch, dass § 259 den Gläubiger vor einem säumigen oder böswilligen Schuldner schützen will. Der Schuldner bietet aber in diesem Falle an sich gar keine Veranlassung zur Klage, zur Besorgnis. Er erkennt den Anspruch des Gläubigers vollkommen an, ist auch bereit, den Gläubiger durch Geld, durch Verkauf von Mobilien oder Immobilien, überhaupt auf jede mögliche Art und Weise zu befriedigen, soweit er nur kann. Was nützt da dem Gläubiger ein Urteil gegen den Schuldner, der nichts hat! Meist wird in den Fällen auch, in denen die Zahlungsunfähigkeit durch andere nicht in der Person des Schuldners liegende Umstände herbeigeführt zu werden droht, wenn irgend angängig, die Konkurseröffnung unmittelbar bevorstehen, da nach der Konkursordnung Zahlungsunfähigkeit Grund zur Beantragung der Konkurseröffnung ist. Für den Konkurs ist aber auch gleichgültig, ob die betreffende Forderung durch Urteil festgestellt ist oder anerkannt, überhaupt nicht bestritten ist.

Wie bei der Klage nach § 258 C. P. O., so ist auch hier und im Falle des § 257 bestritten, ob das vom Kläger

[1]) So die angeführten Kommentare, O. L. G. Frankfurt in Soergel a. a. O. 1903 S. 374.

erwirkte Urteil die Zwangsvollstreckung gestattet, ob es Leistungs- oder Feststellungsurteil ist. Der Streit drehte sich schon vor Einführung der §§ 257 und 259 um den Charakter der Kündigungsklage, der Vorläuferin der Klage aus § 257. Während Schmidt (Lehrbuch S. 689 Anm. 2 und S. 694) und Wach (Feststellungsanspruch S. 38 und 45) sie beispielsweise als Feststellungsklage ansahen, galt sie bei der herrschenden Lehre (Förster-Eccius Bd. I S. 234, 257, Kommentare von Gaupp, Seuffert, Wilm-Levy zu § 231 u. a., siehe hierüber Langheineken, Urteilsanspruch S. 219) als Leistungsklage.

Und mit Recht hielt die herrschende Lehre die Kündigungsklage des preussischen Rechts und hält sie (z. B. die angeführten Kommentare zu § 257) die Klagen nach § 257 und § 259 für Leistungsklagen; denn mit diesen Klagen, welche einen noch nicht fälligen materiellen Anspruch geltend machen, um im Voraus ein der Vollstreckung fähiges Urteil zu begründen, wird eine richterliche Entscheidung angestrebt, die sich nicht begnügt mit der blossen Feststellung des Anspruchs, sondern die den Beklagten zu der schuldigen Leistung verurteilt und dem Kläger einen, wenn auch zunächst noch nicht realisierbaren Vollstreckungstitel gewährt. Die Gründe, die in der Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen eine Leistungsklage erblicken lassen, können auch hier ihre entsprechende Anwendung finden (vgl. oben S. 35). Zu beachten ist auch, dass, wie aus allen Vorarbeiten, auch aus dem Beschlusse der 2. Kommission zur Beratung des B. G. B. zu ersehen ist, mit der Aufnahme der neuen §§ 257, 258, 259 in die C. P. O. eine Erweiterung des gerichtlichen Schutzes, der Zulässigkeit des Urteils erstrebt und erreicht werden sollte. Diese Erweiterung liegt aber nur dann vor, wenn man die hier erwähnten Urteile nicht als Feststellungs-, sondern als Leistungsurteile ansieht (vgl. oben S. 23 Anmerkung 1).

VII. Ansprüche auf Unterlassung.

Bei der bisherigen Erörterung sind die Ansprüche auf Unterlassung ausser Betracht geblieben, weil bei ihnen die Verurteilungsklage eine besondre Gestalt gewinnt.

Wie oben S. 6 fg. dargelegt, entsteht bei absoluten Rechten der Anspruch auf die Unterlassung nicht von vornherein mit dem Recht als ein Anspruch gegen Jedermann, sondern erst mit der Zuwiderhandlung, dagegen ist bei persönlichen Rechten im Einklang mit der Worterklärung des § 194 die Forderung auf ein Unterlassen schon, bevor der Verpflichtung zuwidergehandelt ist, als Anspruch zu betrachten. (So Hellwig a. a. O. S. 6, Enneccerus a. a. O. § 124 I 2b S. 311 u. a. m., a. A. für das gemeine Recht Kohler in Grünhut 14 S. 9, Regelsberger, a. a. O. I S. 217). Der Anspruch auf Unterlassung ist, soweit er Vergangenheit und Gegenwart betrifft, erfüllt, was aber die Zukunft betrifft, gegenwärtig noch nicht erfüllbar. Demnach kann das Ziel einer Klage auf Unterlassung nur die Verurteilung zu einem zukünftigen Verhalten sein, das erst in der Zeit nach dem Urteil betätigt werden soll und kann, wie denn auch die Mittel der indirekten Vollstreckung, die § 890 C. P. O. gewährt, ausschliesslich auf das Verhalten des Schuldners nach dem Urteil abgestellt sind: nur die nach dem Urteil liegende Zuwiderhandlung führt zur Strafe, nur für die Zeit nach dem Urteil kann Sicherheitsleistung verlangt werden.

In all diesen Fällen fragt es sich, ob und welche besonderen Anforderungen in Bezug auf das Rechtsschutzbedürfnis der Verurteilungsklage zu stellen sind. Hellwig (a. a. O. S. 6, 26, 27 Anm. 8, 125, 351, 388) ist der Ansicht, durch die Vorschrift des § 259 C. P. O. sei die im B. G. B. nur für einzelne Fälle statuierte Klage auf Unterlassung ganz allgemein aufgestellt. Zur Unterstützung dieser Auffassung führt er aus, dass z. B. die Bestimmungen in § 862 Abs. 1 Satz 2 und § 1004 Abs. 1 Satz 2 sich nur auf die

in Satz 1 erwähnten, einen beseitigungsbedürftigen Zustand herbeiführenden Störungen bezögen (a. a. O. S. 351 Anm. 8 S. 393 fg.), daher durch die generelle Vorschrift des § 259 insoweit gedeckt seien, im übrigen aber die notwendige Ergänzung gewännen. Dass jene darnach überflüssigen Sätze des B. G. B. stehen geblieben seien, erkläre sich daraus, dass die Revision der C. P. O. und die Einstellung des § 259 erst nach Abschluss des B. G. B. stattgefunden habe. (a. a. O. S. 125, 394.) Eine Ansicht, nach der ein Gesetz durch ein am selben Tage in Kraft getretenes andres Gesetz zum Teil gegenstandslos gemacht wird, scheint bereits genügend widerlegt. Aber auch die Begründung ist durchaus nicht einwandsfrei; denn sie lässt unerklärt, weshalb das B. G. B. nur den Fall, dass beseitigungsbedürftige Folgen der Zuwiderhandlung zurückgeblieben sind, einer Regelung unterworfen haben sollte. Entweder wurde die Aufnahme einer der Unterlassungsklage allgemein Raum gebenden Vorschrift der Prozessnovelle erwartet — dann erscheint die Anfügung der zweifellos prozessrechtlichen Norm in Satz 2 an die rein materiellrechtliche Norm in Satz 1 unverständlich. Oder es sollte die prozessuale Bedeutung der Zuwiderhandlung bereits im System des B. G. B. selbst eine erschöpfende Regelung finden — dann muss § 259 C. P. O. für diese Frage ausser Betracht bleiben. Die Alternative ist in letzterem Sinne zu entscheiden, dafür sprechen die Aufnahme der prozessrechtlichen Normen in Satz 2 und der Umstand, dass an eine Einstellung des § 259 C. P. O. bei Abschluss des B. G. B. noch gar nicht gedacht war. Demnach wird man der Norm in Satz 2 die umfassendere Bedeutung geben müssen (Wendt im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 92 S. 86, Langheineken, Anspruch und Einrede S. 261). Der Anwendung des § 259 auf die Ansprüche auf Unterlassung widerspricht auch klar und deutlich die sprachliche Abfassung des Paragraphen. Einmal gehört sicherlich auch für einen gut disziplinierten Juristen die grösste Begriffsschulung dazu, um die Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht als eine „Entziehung der Leistung“ anzusehen (Fischer, a. a. O. S. 72, 79), zum andern kann die

„Rechtzeitigkeit“ einer Leistung dann nicht in Betracht kommen, wenn, wie bei der Verpflichtung zu einem Unterlassen, eine nachträgliche Bewirkung der Leistung überhaupt ausgeschlossen ist. „Rechtzeitigkeit der Leistung“ setzt logisch notwendig die Möglichkeit der Nachholung der Leistung voraus (Wendt, a. a. O. S. 68).

Wir beantworten deshalb die eben gestellte Frage, ob und welche besondere Anforderungen bei den Ansprüchen auf Unterlassung in Bezug auf das Rechtsschutzbedürfnis der Verurteilungsklage zu stellen sind, wie folgt:

Zunächst ist die oben S. 9 abgelehnte Theorie der Rechtsverletzung hier berechtigt, sei es, dass durch die Verletzung der Anspruch auf Unterlassung erst entsteht — wie bei den absoluten Rechten — oder dass er durch sie erst klagbar wird — wie bei den persönlichen Rechten. Aber auch damit ist ein Rechtsschutzbedürfnis noch nicht gegeben. Das B. G. B. hat überall eine weitere Rechtsschutzvoraussetzung aufgestellt, entweder muss, nachdem eine Beeinträchtigung oder Störung des Rechts erfolgt ist, die Besorgnis weiterer Beeinträchtigungen oder Störungen bestehen (§§ 12, 862, 1004), oder es muss der zu unterlassende Missbrauch trotz Abmahnung fortgesetzt werden (§§ 550, 1053) (Stein, a. a. O. S. 115 fg.).

VIII. Nachtrag.

1. Einiges über die Kosten.

Die C. P. O. hat, wie auch die Begründung zu den §§ 85—97 ihres Entwurfs ausdrücklich bestätigt, zur Grundlage ihrer Bestimmungen über die Pflicht zur Kostentragung lediglich den prozessualen Satz genommen, dass das Unterliegen in der Hauptsache als Rechtsfolge die Pflicht zur Tragung der Kosten des Rechtsstreits nach sich zieht. Der Umstand, dass einer Partei ein Verschulden in Bezug auf die Erhebung des Rechtsstreits zur Last fällt, hat nur ausnahmsweise und zwar hauptsächlich in § 93 in Anseh-

ung des Klägers zu Gunsten des Beklagten, der durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben und den Anspruch sofort anerkannt hat, Berücksichtigung gefunden. Diese Bestimmung des § 93 hat seit Einführung der §§ 257, 258 in die C. P. O. erhöhte Bedeutung gewonnen. Sie ist das wirksamste Mittel, den Beklagten vor einer chikanösen Ausübung des dem Kläger in solch weitem Umfange zustehenden Klagerechts zu schützen. Gerade hier, in den Fällen der §§ 257 und 258 wird die Praxis mit besondrer Strenge die Veranlasstheit der Klage prüfen müssen und zwar bleibt im Falle des § 258, wenn die Frage, ob die Klage bez. der fälligen Teilforderung veranlasst war, zu bejahen ist, immer noch die weitere Frage, ob es genügend gerechtfertigt war, dass der Kläger sogleich auch bez. der künftigen Leistungen die Verurteilung beantragte. Es ist sehr wohl denkbar, dass die Veranlassung zu dieser Ausdehnung der Klage und der dadurch bewirkten Verteuerung des Prozesses fehlt, so z. B., wenn der Schuldner bez. einer Rate in Verzug gerät und die Besorgnis fernerer Saumseligkeit nicht begründet ist (Hellwig a. a. O. S. 373).

Bei der Klage nach § 259 wird der Beklagte dagegen nie die Vorschrift des § 93 für sich anrufen können. Denn wird der Klage stattgegeben, so hat damit das Gericht bejaht, dass die Besorgnis besteht, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde, dass er durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat.

2. Besonderheiten bez. der Vollstreckung.

Hinsichtlich der Zwangsvollstreckung gilt für alle hier in Frage kommenden Urteile die Bestimmung des § 751 C. P. O. Hiernach muss mit dem Beginne der Zwangsvollstreckung bis zum Ablauf des Kalendertages gewartet werden, bis zu dessen Eintritt der Anspruch betagt ist, uud die Vollstreckung des auf künftige Leistung ergangenen Urteils darf nicht vor Eintritt der Leistungspflicht erfolgen.

Die Verurteilung zu künftiger Leistung gibt dem Kläger also kein Recht, zu seiner Sicherung vor der Fälligkeit vollstrecken zu lassen; glaubt er, schon vorher einer Sicherung zu bedürfen, so muss er neben dem Urteil den Arrest erwirken (Siber, a. a. O. S. 80).

IX. Besteht ein Bedürfnis für die Zulässigkeit von Leistungsklagen vor der Verfallzeit?

Zum Schluss sei noch die Frage aufgeworfen: Ist die Aufnahme der §§ 257—259 in die C. P. O. zu begrüssen? Ist es zu billigen, dass in diesen Fällen das Klagerecht von dem Erfordernis der Fälligkeit befreit ist?

Degenkolb, hat sich in seiner Schrift „Einlassungszwang“ S. 71 und 73) sehr entschieden gegen die Kündigungsklage des preussischen Rechts gewandt. Er bezeichnet sie als eine „weder historisch noch dogmatisch hinreichend begründete Einrichtung der Gegenwart“ und vermisst den „Nachweis des praktischen Bedürfnisses für derartige prinziplose Mischgebilde.“ Und nach dem Bericht der Kommission des Reichstags zu dem 2. Entwurf eines Gesetzes betr. Änderungen der C. P. O. sind Bedenken dagegen laut geworden, die Klage auf künftige Leistung vor Eintritt des Fälligkeitstages auch für „eine nicht von einer Gegenleistung abhängige Geldforderung“ einzuräumen. Einmal sei hierzu kein Bedürfnis vorhanden, wenn sich der Gläubiger nur für seine Forderung eine exigible Urkunde — Schuldbekenntnis mit Unterwerfung unter sofortige Zwangsvollstreckung — ausstellen lasse. Andrerseits werde der Schuldner durch eine solche vorzeitige Klage, zu der er gar keine Veranlassung gegeben zu haben brauche, schwer geschädigt. Das Bedenklichste aber sei, dass der betreffende Gläubiger vor andern einen Vorsprung erlange, für den es an einer innern Berechtigung fehle. Die Klage auf künftige Leistung erscheine bei den Geldforderungen nur dann zulässig, wenn sie an die in § 231 c (§ 259) für alle sonstigen Fälle be-

stimmte Voraussetzung geknüpft werde, „wenn den Umständen nach die Besorgnis gerechtfertigt ist, dass der Schuldner sich der rechtzeitigen Leistung entziehen werde“ (Zeitschrift f. d. Civ.-Pr., Beilage zu Bd. 24 S. 575).

Auf der andern Seite hat man darauf hingedrängt, das Klagerecht von dem Erfordernis der Fälligkeit möglichst oder ganz zu befreien. Einen besonders prägnanten Ausdruck hat dieses Streben in den Motiven zum preussischen Entwurf einer Prozessordnung vom Jahre 1864 gefunden. Hier heisst es bei dem von der Klage auf Feststellung handelnden § 224: Wird demjenigen, welcher behauptet, eine Forderung sub die oder sub conditione zu haben, sein Recht schon vor deren Eintritt von dem vorgeblichen Schuldner bestritten, so kann der Gläubiger sofort gegen den Schuldner mit dem Antrage klagen, ihn zur Zahlung der Schuld an dem bezeichneten Tage oder nach eingetretener Bedingung zu verurteilen.

Weiterhin hat Bähr die Ansicht aufgestellt (wie oben S. 19 fg.), es könne schlechthin ein Urteil auf Leistung noch nicht fälliger Forderungen ergehen, wenn ein rechtliches Interesse auf verfrühte Einklagung nachgewiesen werde.

Und hierüber hinausgehend haben Stölzel und Planck (siehe oben S. 29) unter Berufung auf die Vorschriften der §§ 708 N. 6, 726, 751 C. P. O. die Ansicht vertreten, dass seit Geltung der C. P. O. eine Klage auf Erfüllung vor der Verfallzeit ganz unbeschränkt zulässig sei.

Abgesehen davon, dass für eine bedingungslose, unbeschränkte Zulassung von Leistungsklagen durchaus kein praktisches Bedürfnis vorliegt, würde die allgemeine Statthaftigkeit einer Leistungsklage ohne Rücksicht auf das Erfordernis der Fälligkeit zu einer unerträglichen Belästigung und Schädigung des Schuldners führen. Die Lage des Schuldners würde dadurch wesentlich verschlimmert, namentlich, wenn ihm zwischen dem Urteile und dem demselben nachfolgenden Fälligkeitstage Einwendungen erwachsen sollten. Wohl kann der Verurteilte die Vollstreckungsgegenklage erheben, Einwendungen, welche den durch

das Urteil festgestellten Anspruch selbst betreffen, im Wege der Klage geltend machen (§ 767), wohl kann das Prozessgericht auf Antrag anordnen, dass bis zur Erlassung des Urteils über die vorgebrachten Einwendungen die Zwangsvollstreckung eingestellt werde (§ 769), aber der wesentliche Nachteil bleibt trotzdem für den Beklagten und Verurteilten bestehen, dass er die schwerer durchzuführende Rolle des Klägers übernehmen muss, sein Vorbringen beweisen oder doch wenigstens (im Falle des § 769) glaubhaft machen muss. Zu einer solchen Benachteiligung des Schuldners liegt aber sicherlich kein Grund vor, wenn dieser nicht im geringsten Anlass zur Klage gegeben hat. Ebenso wenig dürfte es sich rechtfertigen lassen, den nicht gegen seine Pflicht verstossenden Schuldner zu zwingen, vor Gericht zu erscheinen und den Anspruch anzuerkennen, widrigenfalls ihm die Prozesskosten zur Last fallen. Ob die Bestimmung des § 93 C. P. O., dass dem Kläger die Prozesskosten zur Last fallen, wenn der Beklagte nicht durch sein Verhalten zur Erhebung der Klage Veranlassung gegeben hat und den Anspruch sofort anerkennt, genügend Gewähr dafür leistet, dass derartige Belästigungen und Chikanierungen des Schuldners ausgeschlossen sein würden, ist nicht zweifellos. — Ist der Kläger zahlungsunfähig, so erhält Bekagter auch trotz Anerkenntnis seine Kosten nicht erstattet.

Andrerseits liegt es auf der Hand, dass das praktische Leben sich mit einer Leistungsklage, welche nur dann erfolgreich ist, wenn der Anspruch gegen den Schuldner zur Zeit der Klageerhebung oder zu der Zeit begründet ist, wo das Urteil erlassen wird, nicht begnügen kann. Das zeigt der Umstand, dass sich die Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen Bahn gebrochen, allgemeine Geltung und Anerkennung verschafft hat. Das zeigt die Kündigungsklage des preussischen Rechts, über deren Notwendigkeit und Zweckmässigkeit kaum Meinungsverschiedenheit bestand. Das zeigen all die bereits besprochenen Versuche, die Zulässigkeit der Klagen zu erweitern.

Wohl kommt bereits der § 794 C. P. O. dem Interesse

des Gläubigers entgegen, nach dem die Zwangsvollstreckung aus einer von einem deutschen Gericht oder Notar aufgenommenen Urkunde stattfindet, in der sich der Schuldner der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen hat. Die sofortige Vollstreckbarkeit dieser Urkunden ist im verstärkten Maasse dasjenige, was der Urkundenprozess gewährt und dient zur Befriedigung des Bedürfnisses einer prompten Erfüllung von Verpflichtungen, deren Existenz fast niemals in Frage gestellt wird (Motive) — Einwendungen, die den Anspruch selbst betreffen, kann der Schuldner im Wege der Klage geltend machen (767 gemäss §§ 795, 797 C. P. O.) — Indessen genügen die exekutorischen Urkunden nicht voll und ganz dem herrschenden Bedürfnis. Sie versagen einmal bei Leistungen, die nicht auf Rechtsgeschäft beruhen, wie z. B. bei der gesetzlichen Unterhaltspflicht, andrerseits gilt die Bestimmung des § 794 C. P. O. nur für Ansprüche, welche die Zahlung einer bestimmten Geldsumme oder die Leistung einer bestimmten Quantität andrer vertretbarer Sachen oder Wertpapiere zum Gegenstand haben. Sie gilt also beispielsweise nicht für den Anspruch des Vermieters auf Räumung der Wohnung an dem bestimmten Tage, mit dem die Mietzeit abläuft. Und doch besteht auch hier, wie bei den nicht auf Rechtsgeschäft beruhenden Verpflichtungen des Schuldners ein praktisches Bedürfnis zu einem weitgehenden Schutze des Gläubigers (wie bei den einzelnen Paragraphen näher ausgeführt ist). Andrerseits haben sich Missstände aus der Zulassung der Kündigungsklage und der Klage auf künftige Entrichtung wiederkehrender Leistungen im gemeinen und preussischen Recht nicht gezeigt.

So sind denn auch die §§ 257—259 mit grosser Mehrheit vom Reichstag angenommen und haben im allgemeinen auch, wie man wohl sagen kann, willkommene Aufnahme gefunden. Nur in der Bestimmung des § 257 hat man verschiedentlich (so z. B. Busch in der Juristenzeitung 1902 S. 306) eine allzu grosse Begünstigung des Klägers auf Kosten des Beklagten gesehen und hat bedauert, dass man es nicht gemäss den Beschlüssen der 2. Kommission zum B. G. B. bei der altbewährten Kündigungsklage des preus-

sischen Rechts und der Räumungsklage hat bewenden lassen.

Und in der Tat mag es fraglich sein, ob zu der Erweiterung der Kündigungsklage, wie in der Begründung der Novelle behauptet wird, ein praktisches Bedürfnis bestand, und es kann nur gewünscht werden, dass die Praxis, abgesehen von Kündigungs- und Räumungsklagen, von dem Rechtsbehelf aus § 257 möglichst wenig Gebrauch macht, zumal da in nötigen Fällen durch die Klage aus § 259 genügender Rechtsschutz gewährt wird.

Zur Einschränkung der Erhebung von Klagen aus § 257 wird aber ohnehin beitragen, dass bei Geltendmachung von Forderungen aus gegenseitigen Verträgen der Kläger beweisen muss, dass der Beklagte vorzuleisten verpflichtet, oder dass die Gegenleistung vollständig erfüllt worden ist. Gelingt dem Kläger dieser Beweis nicht, so ist die Klage als unzulässig abzuweisen. — Bei der gewöhnlichen Klage würde in diesem Falle nach §§ 320, 322 B. G. B. die Verurteilung des Beklagten zur Zahlung Zug um Zug gegen die Gegenleistung auszusprechen sein, wenn der Kläger zur Vorleistung nicht verpflichtet gewesen wäre. Ebenso wenig kann diese Klage begründet werden durch den Nachweis, dass der Beklagte durch vergebliches Angebot der Gegenleistung in Verzug der Annahme (§ 293 B. G. B.) gesetzt worden ist; denn trotz des Annahmeverzugs des Beklagten bleibt der Erfüllung fordernde Kläger zur Gegenleistung verpflichtet. Ferner kann der Beklagte diese Klage dadurch zur Abweisung bringen, dass er wegen eines konnexen Gegenanspruchs gemäss § 273 B. G. B. ein Zurückbehaltungsrecht geltend macht; denn dadurch wird der Gegenanspruch, da nach § 274 B. G. B nunmehr nur eine Verurteilung Zug um Zug erfolgen darf, zu einer Gegenleistung, von der die Forderung des Klägers abhängig ist (vgl. indessen § 273 Abs. 3). — Der Anspruch auf Quittungsleistung gemäss §§ 368, 369 B. G. B. und der Anspruch auf Rückgabe des Schuldscheines gemäss § 371 B. G. B. sind zwar auch konnexe Gegenansprüche (vgl. Planck, Kommentar zu § 273), aber nicht geeignet, gegenüber der Klage aus § 257 ein Zurückbehaltungsrecht zu begründen: ein-

mal fehlt ihnen hier das Erfordernis der Fälligkeit, zum andern sind sie nicht schon an sich Gegenleistungen im Sinne des § 257, da sie sich nicht als ein Äquivalent für die Klageforderung darstellen (Gaupp-Stein, a. a. O., Hellwig, a. a. O. S. 369 Anm. 4, Busch, a. a. O. S. 307). Endlich kann auch bei nachgewiesener Verpflichtung des Beklagten zur Vorleistung die Klage aus § 257 dadurch hinfällig gemacht werden, dass der Beklagte gemäss § 321 B. G. B. geltend macht, es sei in den Vermögensverhältnissen des Klägers eine wesentliche Verschlechterung eingetreten; denn dann kann gemäss § 322 nur Verurteilung des Beklagten Zug um Zug gegen die an sich erst später fällige Gegenleistung ausgesprochen werden.

Durch diese Möglichkeiten wird der Beklagte der Erhebung der Klage aus § 257 manche Schwierigkeiten entgegensetzen können. Zudem wird auch gerade hier § 93 ihm in der Regel einen guten Schutz gewähren.

Im grossen und ganzen ist jedenfalls die Aufnahme der §§ 257—259 als äusserst zweckmässig zu begrüssen. Nicht der Augenblick hat sie geschaffen, sondern die geschichtliche Entwickelung, die Erfahrung und die darin gegründete Überzeugung von der Notwendigkeit derartiger Klagen haben zu ihrer Einführung geführt.

Und ist auch nicht zu verkennen, dass die Bestimmungen dieser Paragraphen eine Benachteiligung[1]) des Schuldners in sich schliessen, indem dieser die ihm zwischen der Verurteilung und der Erfüllungszeit erwachsenden Einreden als solche verliert und sie nur in der Vollstreckungsinstanz durch Klage nach § 767 C. P. O. geltend machen kann (abgesehen von § 323 C. P. O.), so bedeutet diese doch in diesen gesetzlich normierten Fällen, in denen es ein besonderes Interesse des Gläubigers zu schützen gilt, das jedenfalls in 1. Linie Berücksichtigung verdient, nur das kleinere Übel.

1) Die sonst mit der Rechtshängigkeit eintretende Wirkung der Verpflichtung zur Zahlung von Prozesszinsen greift in diesen Fällen nicht Platz, vielmehr ist die Schuld erst von der Fälligkeit an zu verzinsen. § 291 B. G. B. Ebenso wenig versetzt die Erhebung der Klage auf künftige Zahlung oder Räumung den Beklagten in Verzug § 284 B. G. B.